

UN ANÁLISIS “DAFO” DE LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: DEBILIDADES, AMENAZAS, FORTALEZAS Y OPORTUNIDADES*

XAVIER BOLTAINA I BOSCH¹

Profesor consultor de Derecho del Trabajo
Universitat Oberta de Catalunya

EXTRACTO

Palabras clave: funcionario interino, personal laboral temporal, empleo público, estabilización del empleo temporal

La Ley 20/2021 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público ha sido una de las normas legales más destacadas aprobadas durante 2021 en cuanto a su afectación a la Administración Pública. El presente estudio pretende sobre todo presentar los elementos de aquella Ley que suponen fortalezas y debilidades así como también las oportunidades que con ella se abren y las amenazas externas que puede sufrir su puesta en marcha y aplicación en el sector público en el periodo 2022-2024.

ABSTRACT

Key words: Interim civil servant, temporary staff, public employment, stabilization of temporary employment

Law 20/2021 of December 28 on urgent measures for the reduction of temporality in public employment has been one of the most outstanding legal norms approved during 2021 in terms of its impact on the Public Administration. This study aims above all to present the elements of that Law that suppose strengths and weaknesses as well as the opportunities that open up with it and the external threats that its implementation and application in the public sector in the period 2022-2024 may suffer.

* Todas las consideraciones y reflexiones manifestadas en este documento lo son a título personal o, en todo caso, en base a mi perspectiva académica universitaria.

¹ Directivo público profesional, Diputación de Barcelona.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ITINERARIO PREVIO DE LA LEY 20/2021: DEL EBEP DE 2007 AL RD-LEY 14/2021 DE 6 DE JULIO
 - 2.1. Del EBEP de 2007 a la Ley 6/2018
 - 2.2. El acuerdo Gobierno-sindicatos y el Real Decreto-ley 14/2021 de 6 de julio
3. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: ELEMENTOS CLAVE QUE COMPONEN UN ANÁLISIS DE FORTALEZAS Y DEBILIDADES
 - 3.1. Las “fortalezas” de la Ley 20/2021: una norma con voluntad de “punto final” y su articulación en el periodo 2022-2024
 - 3.2. Las “debilidades” de la Ley 20/2021: los riesgos jurídicos y los riesgos en la gestión de su aplicación
4. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: LAS AMENAZAS A LA APLICACIÓN DE LA LEY
5. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: LAS OPORTUNIDADES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY
6. ELEMENTOS PARA LA REFLEXIÓN FINAL: DIEZ ALTERNATIVAS PARA UNA TEMPORALIDAD AJUSTADA A UNA ADMINISTRACIÓN DEL SIGLO XXI

1. INTRODUCCIÓN

El método DAFO (o FODA) es una tradicional clasificación de análisis, como herramienta de estudio de la situación de una empresa, institución, proyecto o persona, analizando cuatro características que son propias de la misma –Debilidades y Fortalezas– y de situaciones externas –Amenazas y Oportunidades–. A menudo una debilidad también puede ser una fortaleza, o incluso una fortaleza puede comportar una amenaza y, así, en muchos supuestos.

Su origen está en el acrónimo SWOT anglosajón (*Strengths, Weaknesses, Opportunities* y *Threats*). En el marco de la empresa, el objetivo de un análisis DAFO es determinar las ventajas competitivas de una entidad o corporación en base a sus características propias y el contexto en que se ubica.

Puede sorprender que en este documento empleemos esta metodología para aproximarnos a la Ley 20/2021 de 28 de diciembre. En todo caso, aunque sólo sea como excusa metodológica nos será útil para analizar su contenido y en el contexto en que se ha tramitado, la que ha sido una de las leyes más conflictivas del empleo público, antes de su aprobación, y que más dudas y también contenciosos está originado tras su entrada en vigor, en un *iter* histórico-jurídico que se enlaza, como mínimo con la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 (EBEP), pero hunde sus raíces en toda la etapa democrática española a partir de 1978 y muy especialmente a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1984 de 2

de agosto de medidas de reforma de la función pública, que puede ser considerada la primera gran ley de empleo público de la actual etapa democrática.

La Ley 20/2021 pretende, por enésima vez, intentar resolver el problema, gravísimo y estructural, de las elevadas tasas de temporalidad en el empleo público, que se sitúan en el 2022 en una hipotética cifra de 800 mil empleados, sobre un total de 2,7 millones de ciudadanos que ostentan la condición de trabajador o funcionario al servicio de la Administración, si bien estas cifras pueden ser más elevadas, si se toma la Encuesta de Población Activa, que ubicaría a inicios de 2022 en casi 3,5 millones los empleados del “sector público”².

En este sentido es importante esta diferencia –nada menor– dado que si bien la Ley 20/2021 se dirige a la reducción la temporalidad en la Administración Pública, su DA 7ª extiende su aplicación a las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones y consorcios del sector público, un conglomerado cuya gestión es compleja con unas reglas en materia de recursos humanos nada fácil de conjugar.

A nuestro entender la Ley 20/2021 puede ser analizada, aunque sea como forma instrumental, desde la perspectiva de que fortalezas incorpora para resolver el problema mencionado y qué debilidades incorpora, en ambos casos en base a su texto literal.

Por otro lado, si las amenazas y oportunidades en el método DAFO hace referencia al contexto en que se analiza una organización, a nuestra consideración podemos referirnos a amenazas y oportunidades de su aplicación e inserción en el ámbito público, con una pluralidad y diversidad de Administraciones y entidades del sector público muy diversas y, a menudo, con grandes diferencias no sólo entre si sino también entre los colectivos de empleados afectados.

No olvidemos que se trata de una Ley que se aplica tanto a la Administración del Estado, como a las Comunidades Autónomas, y en ellas al sector sanitario y educativo –colectivos muy numerosos con un perfil muy específico en el ámbito del empleo público–, las Corporaciones locales, las Universidades Públicas –cuanto menos en su ámbito de personal de administración y servicios– así como otro conjunto de entidades mencionadas en la DA 7ª; todo ello sin perjuicio, por lo demás, de Cuerpos o Escalas de empleados públicos que no parecen integrarse en

² Son muchas las referencias que se pueden localizar respecto a los datos del Ministerio y la Encuesta de Población Activa. Entre los más recientes, vid. X Jornadas del Institut d’Estudis de Treball, sobre “Condiciones de trabajo y empleo. Una mirada a las Administraciones Públicas”, 4 de febrero de 2022, celebradas en el Consell de Treball, Econòmic i Social de Catalunya. Ponencia profesor Miguel García Calavia, “El empleo público en España: insuficiente, envejecido y (una parte) precarizado”. Datos estadísticos consultables en ddd.uab.cat/record/255183; última acceso, 3-3-2022.

este proceso de estabilización y sobre los que hay dudas en su aplicación, como la policía local y los funcionarios de habilitación nacional.

2. EL ITINERARIO PREVIO DE LA LEY 20/2021: DEL EBEP DE 2007 AL RD-LEY 14/2021 DE 6 DE JULIO

Los procesos de estabilización o consolidación del empleo temporal en España es una “clásico” desde los mismos inicios de la democracia. Los procesos entre 1978 y 1984 asumieron la necesidad de reconducir la temporalidad de formas muy diversas, para luego llegar a la Ley 30/1984 de 2 de agosto de medidas de reforma de la función pública y al respecto ya hay una abundante bibliografía que ha tratado, en cada supuesto, las reglas jurídicas aplicables en cada momento³.

A partir de esta norma de 1984, se pusieron las bases para la aprobación de leyes autonómicas y, así, regularizar la existencia de cientos de miles de empleados incorporados a la Administración autonómica mediante todo tipo de fórmulas, incluidos los contratos administrativos que la Ley 30/1984 proscribió.

Ahora bien, las leyes de estabilización del empleo público sufrieron cuestionamientos en sede constitucional con mayor o menor éxito según la prudencia o el exceso que incorporaban, como fue la STC 67/1989 de declarar inconstitucional el sistema de “mochila” (STC dixit) establecido por la Ley 2/1986 de 23 de mayo de función pública de Extremadura que permitía al interino propio ir incorporando puntos de méritos para ir superando los diversos apartados de la fase de oposición, una operación selectiva que se declaró inconstitucional y que quizá pueda servir para otear una posible respuesta futura a la previsión de la Ley 20/2021 en que es posible superar procesos selectivos por concurso-oposición, en la que la fase de oposición puede no aprobarse y aun así mantenerse en el proceso y lograr un resultado positivo exitoso en base a los méritos acumulados⁴.

No obstante, en las dos últimas décadas cuatro han sido los procesos “generales” –esto es, incorporados en normas estatales de alcance nacional– de

³ Con anterioridad al EBEP de 2007, vid. Puerta Seguido, Francisco, “La consolidación del empleo público precario”. *Lex Nova*, 2003; tras el EBEP, vid. Quintanilla Navarro, R: “La consolidación del empleo público temporal y el principio de igualdad”. *Aranzadi Social*, vol.1, núm.14 (2008), pp.35-43; Navarro Nieto, F: “Los planes de estabilización del empleo temporal en el Estatuto Básico del Empleado Público”. *Temas Laborales*, num.103/2010, pp.67-98.

⁴ STC 67/1989: “La convocatoria impugnada consigue así el mismo efecto práctico de concesión de ventajas y privilegios y de restricción de competencia «externa» que perseguía la práctica de pruebas restringidas para el acceso a la función pública, que fue suprimida por la legislación estatal, y también por la propia Ley de la Función Pública Extremeña, cuya Disposición transitoria establece expresamente como límite para la consideración como mérito de los servicios prestados el que ello se haga con respeto del principio de igualdad del art. 23.2 de la Constitución.

estabilización del empleo público, sin perjuicio de procesos ad hoc –de gran importancia, como el que aconteció con el sistema sanitario a principios de la década de 2000, a través de la Ley 16/2011 de 21 de noviembre por la que se establece “un proceso extraordinario” de “consolidación” y provisión de plazas en el Sistema nacional de la Salud⁵.

Sin ánimo de exhaustividad, nos vamos a referir a los cuatros intentos –con mayor o menor fortuna– que se han aprobado desde la entrada en vigor del EBEP de 2007 y con anterioridad a la vigente ley 20/2021 de 28 de diciembre.

2.1. Del EBEP de 2007 a la Ley 6/2018

El EBEP incorporó una nueva y única disposición para regular los procesos de “consolidación” del empleo temporal, una vez finalizados temporalmente los que se derivaban en leyes anteriores. Esta regulación se plasmó en la DT 4ª EBEP.

Esta norma incorpora el siguiente esquema normativo, jurídicamente aún vigente pues no ha sido derogada por ninguna norma de rango legal:

- a) La Disposición Transitoria 4ª EBEP prevé un proceso de “consolidación”, no restringido de tal forma que “1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005”, añadiendo una regla claramente orientada a la estabilización en favor de los empleados afectados: “3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de

Sin embargo ese límite no ha sido respetado por este párrafo ocho de la base 4.1, puesto que la aplicación de los puntos obtenidos en la fase de concurso a cada uno de los ejercicios obligatorios de la fase de oposición, para permitir alcanzar, en su caso, la puntuación mínima establecida para aquéllos en la convocatoria, supone una diferencia no razonable y arbitraria de trato entre quienes concurren a la oposición, habiendo prestado un breve tiempo de servicios como contratados e interinos y los demás opositores, a quienes en la fase de concurso no se les valoraron otros méritos, pero a los que además se les exige, para no quedar eliminados, una puntuación que dobla la mínima exigible a los que concursan para consolidar su propia plaza. Esta desigualdad de trato, en cuanto al nivel de exigencia entre unos y otros opositores, por la sola razón de la existencia o no de un período previo de servicios administrativos, ha de ser estimada como arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad. Por ello ha de declararse que es contraria al art. 23.2 de la Constitución y que lesiona el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas”. Un razonamiento de inconstitucionalidad que puede permitir, quizá, prever algunas conclusiones sobre la extralimitación de algunas convocatorias que se efectuen en base a la Ley 20/2021 de 28 de diciembre.

⁵ Ley 16/2001 de 21 de noviembre, BOE núm.280, de 22-11-2001.

concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria”.

En todo caso, aunque hay Administraciones que siguen aplicándola, el paso del tiempo y la fecha de referencia de 1 de enero de 2005 ha dejado casi sin virtualidad aplicativa, pues si hay plazas afectadas por los requisitos del EBEP, y no han sido ofertadas, pueden ser perfectamente reconducidas al concurso de méritos de la DA 6ª y 8ª del EBEP, o cuanto menos a través del concurso-oposición del art.2 de la Ley 20/2021. Un proceso que la DT 4ª califica de “consolidación”, término luego no empleado en sucesivas leyes que se refieren a “estabilización”, sin que sea posible entrever las razones o matices de la diferencia de los vocablos en la realidad práctica.

b) El EBEP entró en vigor en mayo de 2007 y su voluntad finalista era, sin duda, resolver *ad futurum* la problemática de la temporalidad, cuanto menos de manera clara en los funcionarios interinos y con mayores dudas en el personal laboral temporal. En concreto, debe estudiarse la anterior DT 4ª en conjunción con las siguientes reglas:

- El nombramiento de un funcionario interino en plaza vacante requería, prescriptivamente, que se incluyera esta plaza en la Oferta de Empleo Público de ese mismo año natural y, si no fuera posible, en el año natural posterior, salvo amortización. Criterio que, sin embargo, no se instituyó para el personal laboral interino.
- Ello conjuntado con el art. 70.1 EBEP, que indicaba –y sigue haciéndolo– que “en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”, precepto que originó un gran debate jurídico ante la inacción de muchas Administraciones en la ejecución y que se resolvió considerándose que ello conlleva la caducidad de las Ofertas luego no convocadas⁶.
- Si cohonestamos la DT 4ª, que pretendía resolver el problema *in praeteritum*, y la norma de los arts.10 y 70.1 EBEP, *ad futurum*, se podía haber resuelto o cuanto menos normalizar la incorporación de personal temporal e interino –funcionarios y, a nuestro juicio también, laborales–

Diversos elementos se conjuraron contra este modelo razonable. En primer término, una cierta parálisis de muchas Administraciones Públicas en aplicar la DT 4ª, por razones muy diversas, generalmente en el ámbito local. En otros supuestos, el inicio en el 2012 de un periodo complejo en donde las tasas de reposición de efectivos fueron nulas o muy exiguas, que implicaron que la obligación de incluir

⁶ Boltaina Bosch, X: “La ejecución de la oferta de empleo público: del EBEP a la Ley de Presupuestos ¿Caduca la oferta no ejecutada en el plazo de tres años?”. La Administración Práctica, núm.9, 2017, pp.53-71.

las plazas interinas en la Oferta de Empleo Público derivó en imposible o muy dificultosa en base a las Leyes de Presupuestos y que se extendió cuanto menos hasta la Ley del 2016. Ello llevó a una doble conjunción: no poder normalizar la selección anual en el periodo 2012-2016 y la paralización de la DT 4^a, en algunos supuestos *ex lege* por que la Ley de Presupuestos suspendió la DT y en otros, para evitar un trato discriminatorio interno entre unos y otros empleados temporales.

Sería erróneo, sin embargo, considerar que ese periodo 2012-2016 fue el único causante del incremento de la temporalidad de forma exponencial, tal como hemos ya tenido ocasión de exponer en documentos anteriores a la Ley 20/2021⁷. Si debemos apostar por una respuesta, fue una conjunción de elementos, sobre los cuales volveremos en un apartado final. Las tasas de reposición no fueron las únicas causantes, sino que los males son estructurales, en un sistema de selección que mira siempre hacia el pasado –plazas vacantes y no hacia las necesidades del futuro y un procedimiento selectivo para que puede durar un promedio de entre dos y tres años, como lapso de tiempo razonable, cuando no mucho más, y al que la pandemia de la Covid-19 declarada en marzo de 2020 no ha venido a ayudar.

c) El segundo proceso de estabilización –que no de “consolidación”– vino de la mano de la Ley 3/2017 de 27 de junio de Presupuestos del Estado para ese mismo año, una segunda tentativa que tuvo un contenido relativamente moderado en su alcance. Esta Ley supuso el inicio del fin de la restricción coercitiva en las tasas de reposición de efectivos y también un intento de recuperar, relativamente, el tiempo perdido.

Así, sin necesidad de disponer tasa de reposición de efectivos –o más propiamente, autorizando que hasta el 90 por ciento de las plazas ocupadas de forma temporal se convocaran–, se permitió la convocatoria para cubrir plazas en determinados servicios esenciales –generalmente, en el ámbito estatal y autonómico y más restringidamente en el ámbito local–, cuando se tratara de plazas “dotadas presupuestariamente” y “hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016”⁸.

d) La norma que realmente dio un salto cualitativo fue, sin duda, la Ley 6/2018 de 3 de julio de Presupuestos para el 2018. Su artículo 19.uno.9 fijó una gran

⁷ *Vid.*, al respecto, nuestro análisis en Boltaina Bosch, X: “Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro”. Documentación Administrativa. Nueva Época Num.8, 2021, pp.66-91.

⁸ En concreto, el art.19.uno.6 de la Ley 3/2017 lo permitía para “las Administraciones y sectores señalados en las letras A), B), G), O) y P) y Policía Local, regulados en el apartado Uno.2 anterior” –esto es, Administración educativa, Administración sanitaria, Letrados de la Administración de Justicia, personal de asistencia directa a los usuarios de los servicios sociales y personal de gestión de prestación y políticas activas de empleo–, así como también determinados

amplitud para estabilizar empleo temporal. En concreto, se permitió que, aun no existiendo tasa de reposición, se convocaran mediante una tasa “adicional” que no tenía límite ni porcentual ni numérico, “las plazas de naturaleza estructural que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2017 en los siguientes sectores y colectivos: personal de los servicios de administración y servicios generales, de investigación, de salud pública e inspección médica así como otros servicios públicos. En las Universidades Públicas, sólo estará incluido el personal de administración y servicios”.

Parece evidente que el descriptivo del precepto era generosamente amplio y si por si cupiera alguna duda o algún colectivo quedase fuera, se incluía una cláusula de cierre que suponía poder convocar las plazas de “otros servicios públicos”, que es tanto como señalar que lo eran todas, pues no hay plazas ajenas al servicio público en la Administración⁹.

Llegados a 2018 por tanto, tres eran las normas con carácter general que intentaron resolver el problema que ya era descomunal en términos numéricos y que en 2017 y 2018 se reiteraba el desiderátum de sirvieran para lograr un porcentaje de temporalidad inferior al 8 por ciento.

Las dos leyes presupuestarias asumieron un relativo éxito –o, a la inversa, un relativo fracaso–: por ello, el RD-ley 23/2021 y la Ley de Presupuestos de 2021 incorporaron una prórroga hasta 31 de diciembre de 2021, para evitar que los tres años previstos para la ejecución de los procesos de estabilización finalizaran en el 2020 y así hubiera un mayor margen de actuación, incluso permitiendo aún también aprobar las convocatorias aún no efectuadas.

Esto es, tanto el RD-ley como la Ley de Presupuestos para el 2021 intentaron dar continuidad a los procesos del 2017 y 2018, y en especial a este último, pues el marco subjetivo de aplicación era extraordinariamente amplio y permitía hacer (casi) tabla rasa del grueso del problema, tal como hemos expuesto. Sin embargo, el grave problema a que debía hacerse frente supuso que ya en el 2020 se iniciaran conversaciones entre el Gobierno y las organizaciones sindicales para intentar encarar, en una única norma de rango legal, esta situación y de ahí que en

colectivos de personal docente e investigador, a la vez que también el personal que prestase servicios en materia de gestión tributaria y recaudación y de inspección y sanción de servicios y actividades, el personal del Servicio Público de Empleo Estatal y entidades autonómicas equivalentes que preste servicios en materia de gestión y control de prestaciones de desempleo y actividades dirigidas a la formación para el empleo, y el personal de la Escala de Médicos-Inspectores del Cuerpo de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social del INSS.

⁹ Boltaina Bosch, X: “La política de selección en el sector público local para el 2018: aspectos claves de la Oferta de Empleo Público”. La Administración Práctica, núm.12, pp.47-56.

el 2021 se solaparon las leyes de 2017 y 2018 con el RD-ley 14/2021 –resultado de una previa negociación– y su posterior trámite parlamentario, lo que supuso *de facto*, la práctica paralización de los citados procesos de estabilización que se podían aprobar y/o ejecutar todavía en el citado año, a la espera de la que ha sido finalmente la Ley 20/2021.

2.2. El acuerdo Gobierno-sindicatos y el Real Decreto-ley 14/2021 de 6 de julio

Durante un largo periodo negociador, el 5 de julio de 2021 se firmó un Acuerdo entre el gobierno y los sindicatos más representativos en la función pública (UGT, CCOO y CSI-F) que se consagró en un Real Decreto-ley, el 14/2021 de 6 de julio, que originó una de las crisis en el empleo público y en la política parlamentaria misma, que muy posiblemente los signatarios nunca previeron.

En el interín entre su publicación en el BOE de 7 de julio y la fecha de convalidación en el Congreso el 21 de julio, se sucedió un sinfín de declaraciones contrarias y de gran controversia política, aunque también social.

De hecho, el RD-ley 14/2021 se convalidó por la mínima, con un voto de diferencia y con un compromiso por parte de la Ministra de Hacienda y Función Pública: tramitarlo como Ley con carácter de urgencia e incorporar medidas específicas más allá del RD-ley originario, que permitiera una solución más liviana para los empleados temporales e interinos a través de la fórmula del “concurso” de méritos. Frente a esta posición nacieron plataformas de personal interino –algunas ya muy activas en las redes sociales con anterioridad al propio RD-ley–, algunos despachos de abogados especialmente beligerantes y también organizaciones que se califican de “sindicalismo alternativo”, que mantuvieron una posición de máximos, al solicitar que la solución pasaba por la fijeza directa y rechazando cualquier tipo de proceso de selección libre¹⁰ y que así siguen requiriéndolo tras la Ley 20/2021¹¹.

Un debate parlamentario entre julio y diciembre que fue tortuoso y en donde hubo muchas idas y venidas para lograr un texto final, con una mayoría de votos favorables y con la abstención de los dos partidos conservadores¹² (PP y Vox) y

¹⁰ Con detalle, lo hemos descrito en Boltaina Bosch, X: “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración Local”. Revista digital CEMCI, núm.51 (julio-septiembre), pp.1-30.

¹¹ Un análisis monográfico en detalle, posiblemente el único publicado, ha sido el formulado por Roqueta Buj, R. y Goerlich Peset, J.M: “Interinos en el empleo público. Régimen jurídico y puntos críticos tras el Real Decreto-ley 14/2021”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

¹² Al cierre de este documento (febrero, 2022), se ha presentado un recurso de inconstitucionalidad por parte de VOX contra el RD-ley 14/2021 de 6 de julio, pero no hay noticias de un recurso contra la Ley 20/2021. En todo caso, el eje central de aquél recurso es por la duda

con la duda, al cierre de este documento de si se presentará o no un recurso de inconstitucionalidad por parte de algún grupo político.

3. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: ELEMENTOS CLAVE QUE COMPONEN UN ANÁLISIS DE FORTALEZAS Y DEBILIDADES

A continuación vamos a analizar los que consideramos determinadas fortalezas y debilidades intrínsecas de la Ley 20/2021, por cuanto desde un punto de vista jurídico –y, además, de la gestión pública que se deriva de la Ley–, es evidente que pese a este marco, la norma está vigente y hay unos plazos temporales de aplicación, como es que antes de 1 de junio deben haber sido aprobadas y publicadas las Ofertas de Empleo Público de estabilización y, con posterioridad, hay un plazo hasta el 31 de diciembre para convocar y publicar las convocatorias resultantes. El operador jurídico y el gestor público tienen ante sí el reto de aprobar los procesos, con carácter obligatorio, sin perjuicio de los dudosos recorridos administrativos y judiciales que pueden darse en los próximos meses y años si acontecen impugnaciones y recursos.

3.1. Las “fortalezas” de la Ley 20/2021: una norma con voluntad de “punto final” y su articulación en el periodo 2022-2024

Si se analiza con detalle tanto la Exposición de Motivos como el texto de la norma, pueden localizarse cinco elementos clave que consideramos son las “fortalezas” de la norma legal, más allá de las dificultades aplicativas que se derivan de cualquier proceso selectivo y, por lo demás, de una norma legal que regula un procedimiento “excepcional” y en teoría de “punto final”¹³ para resolver el problema mencionado a lo largo de este documento.

- a) es una norma de rango legal y por tanto, fruto del debate parlamentario, y no solo un RD-ley –como se pretendía originariamente– fruto de un Acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos.

Ello permite huir también de una hipotética inconstitucionalidad a consecuencia de la no existencia de necesidad y urgencia, porque posiblemente es difícil

sobre el carácter de la urgencia y necesidad requerida por la Constitución para aprobar un Real Decreto Ley.

¹³ Con muchas dudas al respecto, que compartimos plenamente, son elocuentes las palabras del profesor Jiménez Asensio: “y la rueda no parará nunca, al menos en la función pública territorial (no tanto en la AGE) que no es la realmente afectada por esta patología letal de interinidad o de la temporalidad circular, así como por un proceso ya al parecer imparable de desprofesionalización

valorar tales circunstancias en un problema que está enquistado en el modelo de empleo público español y con una larga retahíla desde 1984 de leyes o preceptos reguladoras de procesos de consolidación o estabilización.

Como tal ley, es inatacable excepto en sede del Tribunal Constitucional a través de tres fórmulas: el recurso de inconstitucionalidad, los recursos de amparo que puedan presentarse o las cuestiones de inconstitucionalidad a instancias de jueces y tribunales. Mientras en el primer supuesto hay dudas que acontezca, sin duda los recursos de amparo y las cuestiones judiciales se formularán, si bien se tratará de un recorrido complejo, pues supondrá ya judicializar el conflicto *a posteriori*, una vez aprobadas y publicadas las Ofertas, las convocatorias o incluso resueltas estas, si el juez de turno no ha suspendido cautelarmente las convocatorias.

- b) La norma asume un carácter global: se aplica al Estado, a las Administraciones autonómicas, locales y universitarias –personal de administración y servicios–, así como también las entidades y empresas del sector público. Aunque hay dudas –nada menores– sobre su aplicación a colectivos con elevada temporalidad –funcionarios de habilitación nacional, policías locales en algunas Comunidades que permiten la interinidad u otros grupos de funcionarios que están en una cierta “tierra de nadie”– lo cierto es que también asume su aplicación a partir del 8 de julio de 2022 –salvo un acuerdo previo en otro sentido o modulando el sistema a las circunstancias propias– al personal de la sanidad pública y personal docente no universitario¹⁴ (DF 2ª).
- c) La norma explicita los *tempus* a seguir, plazos que en la DT 4 EBEP y las Leyes 3/2017 y 6/2018 regularon en abstracto (DT) o bien fijaron con amplitud (leyes de presupuestos) –tres años, en estos dos últimos supuestos, prorrogado finalmente a 31 de diciembre de 2021. Igualmente, incorpora en cada supuesto que fórmula debe seguirse: con carácter general el concurso-oposición y

endémica y cabe predecir también futura. Mucho tendrán que cambiar los sistemas de empleo público autonómicos y locales para revertir esta situación. Pues no se engañen, no es una ley de punto final, sino de puntos suspensivos” en “Comentario al Proyecto de Ley de medidas urgentes de reducción de la temporalidad en el empleo público”. <https://rafaeljimenezasensio.com/documentos/>; última consulta, 1-3-2022.

¹⁴ La DF 2ª de la Ley 20/2021 señala que permanece en vigor la DF 2ª del RD-ley 14/2021 sobre la adaptación de la normativa al personal docente y del personal estatutario o equivalente de los servicios de salud. Esta DF 2ª que pervive señala que: “En el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley se procederá a la adaptación de la normativa del personal docente y del personal estatutario y equivalente de los servicios de salud (...) de acuerdo con las peculiaridades propias de su régimen jurídico. Transcurrido dicho plazo sin que se produzca la citada adaptación de la legislación específica serán de plena aplicación a este personal las previsiones contenidas en los citados preceptos del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”. El RD-ley 14/2021 entró en vigor el 8 de julio de 2021.

excepcionalmente –si bien, pudiéndose convertir en “general” de facto– el concurso de méritos. Fija además de carácter prescriptivo qué modelo hay que seguir en cada supuesto.

- d) la incorporación de la DA 7ª, que supone extender las medidas de estabilización al personal –laboral– de las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y también los consorcios públicos, un conjunto de entidades del sector público de los que se desconoce el número de empleados afectados, pero que puede alcanzar a varios de cientos de miles, ya que muchos conforman esta diferencia entre las cifras del Ministerio de Hacienda y Función Pública de 2,7 millones de empleados públicos y los 3,5 millones que indica la EPA, y que supone no contabilizar –en el primer caso– a este sector –especialmente, el autonómico–.

Este ámbito ha sido poco estudiado por la doctrina y hay una enorme confusión por el entramado de entidades existentes, pero sin duda la Ley 20/2021 les afecta en gran medida y posiblemente a cientos de miles de empleados.

- e) finalmente, constituye una fortaleza el que la norma fija un porcentaje o desiderátum a lograr a finales de diciembre de 2024: un 8 por ciento de temporalidad en cada Administración Pública.

Si bien esta cifra ha sido casi una constante en los intentos legislativos de los últimos años –así, ley 3/2017 y 6/2018– y si bien en algún momento –debate en el Senado, 2006– se fijó en el 10 por ciento, lo cierto es que esta voluntad es loable y supondría, si se elevara a términos generales, que se asume que España debería tener una cifra “ordinaria” de temporalidad en torno a 250 mil empleados públicos, como cifra razonable, frente a los 800 o 900 mil actuales. Sin embargo, como analizaremos, es muy complejo alcanzar esta cifra y, por lo demás, hay factores externos a la Ley que sin duda impedirán lograrlo, dado que entre el periodo 2022-2032 deben jubilarse en torno a un millón de empleados públicos¹⁵, lo que supone que mayoritariamente serán sustituidos por nuevos empleados interinos y temporales.

Todo ello sin perjuicio de que, como hemos tenido ocasión de señalar, lo importante no es tanto el porcentaje a lograr sino la necesidad o no de empleados temporales, que en unos supuestos pueden ser inferior a este ocho por ciento y

¹⁵ Vid. <https://www.lasprovincias.es/economia/pensiones/funcionarios-jubilacion-20200203125027-ntrc.html>; última consulta 1-3-2022. En https://www.elplural.com/economia/millon-funcionarios-jubilacion-proxima-decada_232520102, se recogen los datos según los cuales casi el 30 por ciento de los 3,25 millones de empleados públicos superan los 55 años. En el mismo sentido, datos facilitados por Miguel Garcia Calavia, en la intervención antes mencionada, si bien en este supuesto la cifra ya se eleva a casi 3,5 millones de funcionarios y trabajadores. Por sus profundas reflexiones al respecto, nos remitimos también a Mikel Gorriti. Vid., <https://eapc.gencat.cat/es/detalls/Article/Nou-article-03070>; *Idem*, <https://www.vitoria-gasteiz.org/docs/wb021/contenidosEstaticos/adjuntos/es/60/26/86026.pdf>;

en otros superiores, en función de la real necesidad de la gestión del servicio público¹⁶.

3.2. Las “debilidades” de la Ley 20/2021: los riesgos jurídicos y los riesgos en la gestión de su aplicación

Las debilidades jurídicas del RD-ley 14/2021, que no eran menores, quedaron soslayadas por su casi práctica inaplicación entre el periodo de su vigencia. La razón fue que en el RD-ley se regularon dos aspectos diferenciados.

El primero, el relativo al régimen del funcionariado interino y el régimen de responsabilidades por incumplimiento de los plazos máximos de permanencia en situación de temporalidad (DA 17ª EBEP), y muy brevemente algunos aspectos de la selección del personal laboral. Fundamentalmente se incorporó la previsión de que los nombramientos de funcionarios interinos en plaza vacante tengan una duración máxima de tres años, con algunas excepciones; tal regla ha sido incuestionada y así se ha aplicado sin dudas en la incorporación de nuevo personal, pese a que hace recaer en el empleado interino la posible ausencia de proceso selectivo vinculado a su plaza.

Igualmente, el régimen de responsabilidades que fijaba la DA 17ª EBEP, incorporada por el RD-ley 14/2021 no comportó dificultades aplicativas, por cuanto su entrada en vigor lo era en relación a los nombramientos de funcionarios interinos y los contratos laborales temporales a partir de la entrada en vigor del RD-ley. Por ello, la responsabilidad *ad futurum* no supuso dudas aplicativas, por cuanto se demora el conflicto para contenciosos en los próximos meses o años, si bien ya en el año 2022 se han iniciado dudas sobre su aplicación.

Sin embargo, el eje central del RD-ley 14/2021 fue instituir un proceso de estabilización del empleo temporal, regulado en el art.2 y en otros preceptos de la norma.

Si bien hubo conflicto claro desde el primer momento sobre el alcance –por exceso o por escaso– de tales previsiones, la convalidación del RD-ley 14/2021 el 21 de julio de 2021 por el Congreso y el pacto de que se tramitaría como Ley supuso que prácticamente ninguna Administración Pública haya aprobado procesos de estabilización al amparo de las reglas jurídicas del RD-ley 14/2021. Todos los operadores afectados optaron por la espera de la nueva Ley, de tal manera que hubo un consenso casi unánime en base al cual las Administraciones no aprobaron las convocatorias –criterio apoyado por las organizaciones sindicales– y, aún más, se solicitó –con mayor o menor éxito– que se paralizaran los procesos que se instruían

¹⁶ Nuestra reflexión crítica en Boltaina Bosch, X: “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización...” ob.cit.

al amparo del art.19 de la Ley 3/2017 y 6/2018 e, incluso, las Ofertas de Empleo ordinarias aprobadas durante los años 2019, 2020 y 2021.

Se dio entre julio y diciembre de 2022 una situación paradójica; la tramitación como Ley y los avisos de que se ampliarían las facilidades en la estabilización, creo una gran inseguridad jurídica para el gestor público; como remedio ante ello, cual oxímoron, la seguridad jurídica se logró a través de no aplicar el RD-ley y mantenerse a la espera. En este sentido, la seguridad se alcanzó en base a intentar evitar la inseguridad, pero lanzando la pelota hacia adelante, a la espera de la nueva norma.

La situación cambia radicalmente a partir de la entrada en vigor de la Ley 32/2021. Finalizado el debate parlamentario, la Ley fija unos plazos de aplicación inexorables, que se inician desde el mismo año 2022. Por ello, a nuestro entender la inseguridad jurídica en este sentido ha finalizado al tener el operador jurídico y el gestor una norma que se presume será estable en el tiempo, sin perjuicio de los riesgos que puedan darse en el futuro en el Tribunal Constitucional ante los recursos que lleguen a plantearse.

Dicho ello, es importante a nuestro juicio exponer las que consideramos “debilidades” de la norma. Es evidente que cualquier Ley o Reglamento las incorpora y es casi imposible localizar una norma jurídica cuya claridad e indiscutibilidad interpretativa abarque a todo su articulado. La Ley 20/2021 no iba a ser distinta, pero es cierto que al afectar a cientos de miles de empleados públicos y obligar a una acción de las áreas de gestión de recursos humanos para su aplicación, más otros factores incorporados, ha devenido en una norma con un cúmulo significativo de “debilidades” tanto en su interpretación como en su aplicación y, por supuesto, del recorrido que tendrá en los próximos dos o tres años, hasta diciembre de 2024.

Sin embargo, en la Ley 20/2021 hemos podido localizar diez elementos significativos –hay más, pero pueden ser de menor alcance– que implican una enorme dificultad de gestión inicial y abren la puerta a impugnaciones judiciales, que acontecerán a buen seguro. En concreto, es oportuno resaltar las siguientes circunstancias que a nuestro juicio son el talón de Aquiles de la referida Ley.

a) La existencia de conceptos jurídicos indeterminados en aspectos nucleares de la Ley.

Si bien los conceptos indeterminados son consustanciales a cualquier norma jurídica, en el supuesto que aquí tratamos pueden localizarse conceptos que están conllevando una grave dificultad aplicativa en el mismo inicio de entrada en vigor de la ley. En concreto, para los primeros meses de su vigencia, creemos oportuno destacar las siguientes:

- como paso previo a todo el proceso, deben quedar claras cuáles son las plazas de carácter estructural que se ofertarán en el proceso de estabilización. El debate sobre qué es y no es estructural está siendo muy intenso, especialmente en el marco de puestos o plazas cubiertas en régimen laboral,

siendo mucho menos problemático en el régimen funcional. Una de estas dudas se basa en puestos y plazas que se han integrado en la organización pero dependen exclusivamente de subvenciones o transferencias de fondos de otras Administraciones, de tal manera que transformarlas en “estructurales” supone el riesgo de su ausencia de financiación en un futuro próximo.

- la reconducción de los procesos de estabilización derivados de la Ley 3/2017 y 6/2018 al proceso del art.2 de la Ley 20/2021, por que las condiciones de selección pueden ser más fáciles para los aspirantes interinos. No obstante, esta reconducción será posible si “llegada la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, no hubieran sido convocadas”.

El término “no hubieran sido convocadas” obliga a un enorme esfuerzo jurídico de comprensión y las dudas son excesivas, abarcando un abanico amplio: desde entender que la convocatoria existe desde que el decreto de aprobación de la misma se ha firmado, a que se ha publicado la convocatoria en un diario oficial, que se ha abierto el plazo de presentación de instancias, que se ha aprobado la lista provisional de aspirantes o, incluso, que existe ya la lista definitiva pero no se ha iniciado ningún trámite posterior.

En este sentido, hubiera sido necesario que la Ley 20/2021 aclarara con exactitud qué se entiende por “convocada”, para evitar así el debate jurídico que oscila entre las diferentes posiciones manifestadas y con soporte judicial para todas ellas, sentencias que, sin embargo, en ningún caso fueron dictadas para un supuesto como este.

- la ausencia de compensación económica a los interinos afectados por la convocatoria que no participen en el proceso, con independencia de si esta regla se ajusta o no al derecho comunitario europeo¹⁷. El concepto “no participación” es absolutamente indeterminado, pues puede ser tanto en un nivel mínimo –cual sería no presentar la instancia– o bien no presentarse a ninguna prueba de selección o retirarse de una prueba o, incluso, no participar *de facto* al no responder la primera prueba selectiva de oposición, con lo que formalmente sí participaría pero supondría un fraude de ley.
- b) la inserción de la negociación colectiva en el proceso de estabilización.

El alcance de la negociación colectiva en núcleos esenciales de la función pública puede comportar la aprobación de Ofertas y bases de convocatorias que se excedan claramente de los límites de lo “tolerable”, incorporando criterios cuya única finalidad sea que sólo haya posibilidad real de estabilización la del personal propio afectado.

¹⁷ De nuevo, al respecto, Beltrán de Heredia, I: “Las medidas para reducir el empleo público temporal...” ob.cit., en especial en el apartado final de conclusiones.

En este sentido, el art.2.4 Ley 20/2021 señala que los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que “podrá” ser objeto de negociación. Es muy complejo establecer que la negociación pueda modular estos principios que son constitucionales y sobre los que hay, en estos momentos, una amplia doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de cómo deben ser interpretados.

- c) la articulación de un concurso-oposición en que la fase de oposición no sea eliminatoria.

La Ley 20/2021 da un salto al vacío al prever un sistema de concurso-oposición en donde será posible que la fase de oposición no sea eliminatoria. Por lo demás, en este supuesto no lo impone, lo que permite que cada Administración opte por un modelo eliminatorio u otro que no lo sea, sin haberse fijado en la norma legal donde se ubica el límite de lo tolerable en el carácter no eliminatorio.

Sin duda, la previsión de que “pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición” conllevará aplicaciones con hipotéticas graves consecuencias, pues no se ha fijado un mínimo o incluso si es posible continuar el proceso que no se supere la oposición pero obteniendo una nota mínima o incluso un “cero”, lo que colisionaría claramente con el principio de demostrar capacidad en el proceso selectivo.

A nuestro entender, quebraría el principio de capacidad si no se exigiera ninguna puntuación mínima y aun fijándose esta, debería en el expediente administrativo explicitarse la razón por la cual esta no superación se enmarca en una determinada puntuación, pues el principio de igualdad y capacidad quiebra tanto aceptando un “cero” como puntuación, como una nota superior, pero alejada del “cinco sobre diez”, expresado en términos coloquiales. Por ello, aunque el Tribunal Constitucional validara –lo que es muy incierto– esta posibilidad de la ley, podría darse el caso que muchas convocatorias fueran anuladas por que, ajustadas a la ley, no requieran el mínimo sustancial necesario para entender que se ha demostrado una determinada capacidad. A nuestro entender, la seguridad jurídica sólo se logra si la fase de oposición es eliminatoria.

- d) El conflicto entre los derechos de los funcionarios de carrera y el personal laboral fijo y el personal en puestos a estabilizar.

Un elemento que la Ley no resuelve es el conflicto entre el proceso selectivo de estabilización y el derecho a la movilidad interna de los empleados fijos y la promoción interna. Esto es, debe –o mejor dicho, debería– cohonestarse el proceso de estabilización con la movilidad y la promoción, derechos reconocidos por el EBEP al personal permanente. La ley no resuelve esta ecuación, ya que simplemente afirma que los mecanismos de estabilidad y promoción interna “previos de cobertura de plazas serán compatibles con los

procesos de estabilización”. Procesos “compatibles” no supone una prelación de unos sobre otros.

La lógica nos debería llevar a que con anterioridad a la convocatoria, se ofertara estas plazas –que suponen a si mismo ocupar un determinado puesto– al personal funcionario de carrera y laboral fijo de la Administración. Sin embargo, no parece desprenderse de la Ley esta voluntad, pues los plazos fijados impiden procesos de provisión de puestos de trabajo y acto seguido, aprobar y publicar la Oferta y porque de la definición de la ley, parece que deben incluirse en los procesos de estabilización todas las plazas que reúnen los requisitos del art.2 y las DA 6ª y 8ª de la Ley 20/2021.

Por ello, la Ley ha infringido uno de los derechos consustanciales del funcionariado y del personal laboral, cual es la de la carrera y promoción profesional –derechos que, por lo demás, tienen respaldo no sólo legal sino también constitucional– y es factible que haya impugnaciones de convocatorias por no haber ofertado previamente –ahora o durante muchos años antes– estas plazas al personal permanente propio.

- e) la compensación económica para el personal temporal que no supera el proceso de estabilización.

Se ha establecido un régimen de “compensación económica” –la ley se cuida mucho en todo momento de referirse a una “indemnización”– a favor de quienes afectados por las plazas que ocupan y se convoquen, no superen el proceso selectivo.

Esta compensación, de veinte días de retribuciones “fijas” por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, solo se otorga a quienes participen en este proceso de estabilización, pero no para los que se encuentren en la misma situación en cualquier otro proceso de estabilización en marcha derivado de la DT 4 EBEP, art.19 Ley 3/2017 y art.19 Ley 6/2018.

Esta distinción está provocando graves dificultades en la gestión, pues es una diferencia que puede ser contraria a la Directiva 1997/77/CE. Por lo demás, la Ley solo lo prevé para este tipo de estabilización y ninguna otra.

El concepto mismo de “retribución fija” es confuso, sobre todo en el personal funcionario, pues el EBEP distingue entre retribuciones fijas y complementarias. A nuestro entender deben sumarse ambas, entendidas entre las complementarias el complemento específico y el complemento de destino, y quedando fuera las propiamente variables, como el complemento de productividad y, por supuesto, las gratificaciones por servicios extraordinarios. Reducir la compensación exclusivamente a las retribuciones fijas del EBEP sería tanto como reducir a un tercio e incluso mucho más las compensaciones a otorgar a los empleados que no superen.

Esta compensación, por lo demás, no es contradictoria con dos circunstancias: que el empleado que no supere el proceso se incorpore a una bolsa de trabajo

–tal como prevé en la DA 4ª– y con el factor de que no se supere un proceso –el afectado por su plaza– pero si otro proceso distinto en su Administración. En este y el anterior supuesto, creemos que el derecho nace siempre y en todo caso.

f) particularidades de la estabilización en la Administración local.

La existencia de una norma, aun considerada como básica, para la Administración local que regula los procesos de selección –Real Decreto 896/1991 de 7 de junio– y que está completamente desactualizada, obligó al RD-ley 14/2021, reiterado por la Ley 20/2021 a suspender la aplicación de algunos de sus preceptos, que también tienen el carácter de básicos. Sin embargo, esta “suspensión” –solo y exclusivamente para los procesos de la Ley 20/2021– supone tres derivadas de significativa importancia.

En primer término, que pese a que había dudas, el Estado considera que pese a la aprobación del EBEP el RD 896/1991 –una norma reglamentaria– continúa siendo básica y por tanto, no es posible legislar desde las Comunidades Autónomas para modificar sus criterios, algunos de ellos desfasados.

Se suspende la aplicación del art.8, que impone unos programas específicos y un número mínimo de temas para el acceso a cada grupo o subgrupo de clasificación; por otro lado, se suspende el art.9, que prevé la obligación, entre otras medidas, que se incorpore una prueba práctica. En concreto, la expresión de la Ley es ambivalente, al señalar que “no serán de aplicación a estos procesos lo dispuesto en los artículos 8 y 9 del Real Decreto 896/1991”, lo que permite plantear que en ningún supuesto se podrán incorporar las reglas del Real Decreto o bien que se deja a opción de cada convocatoria.

g) la articulación del concurso de méritos como procedimiento excepcional de estabilización.

A diferencia de las previsiones del RD-ley 14/2021, la Ley 20/2021 incorpora el concurso de méritos como forma de estabilización, un procedimiento extraordinariamente inseguro en términos jurídicos y sobre el cual los tribunales de manera reiterada han expresado su desconfianza, no siendo pocas las convocatorias anuladas por considerar que con este procedimiento no se acredita el mérito y la capacidad.

La doctrina ha señalado que es un sistema que presenta “una clara posibilidad de vulnerabilidad” en relación a los principios de igualdad, mérito, capacidad y objetividad, pues la finalidad –muy a menudo– del concurso es adaptar las bases al perfil de determinados candidatos *ad personam*¹⁸. El art.61.6 EBEP fijó que este método para seleccionar personal funcionario debía ser excepcional y aprobado en base a una Ley.

¹⁸ Fondevila Antolin, J: “Manual para la selección de empleados públicos”, 3ª edición. El Consultor de los Ayuntamientos. Madrid, 2021, p.681.

En el supuesto de la Ley 20/2021 la dificultad estriba en que no será un método excepcional, sino que tal como se articulan las DA 6ª y 8ª EBEP, puede ser un procedimiento en la práctica ordinario, generalizado y que afecte ya no solo a decenas de miles sino incluso a centenares de miles de plazas. Prueba de ello son las críticas formuladas desde muchos colectivos de funcionarios, que consideran que “el ejercicio de las funciones públicas se gana y se demuestra, no se presume, no se consolida y no se estabiliza por el transcurso de los años”, lo que supone plantear la enorme dificultad que el concurso tendrá en su aplicación en los próximos años, pues es rechazado por muchos empleados públicos que en su momento adquirieron tal condición mediante un proceso público de oposición o concurso-oposición¹⁹.

- h) la aplicación de la Ley 20/2021 al personal docente no universitario y al personal del servicio de sanidad pública.

El RD-ley 20/2021 evidenció el temor del Gobierno a la aplicación de la norma al colectivo de empleados del sector de la educación y de la salud públicas. Conforman el grueso de los empleados de las Comunidades Autónomas y sus índices de temporalidad son mayúsculos, con algo más de 500 mil empleados en el sistema de salud pública y algo más de 750 mil en el sistema de enseñanza pública no universitaria.

Como hemos señalado, en el ámbito sanitario no es el primer proceso de estabilización extraordinario que se ha aplicado. Veinte años después, de nuevo se ha reproducido el mismo problema. Por ello, tal como hemos expuesto con anterioridad, el RD-ley 20/2021 se dio un plazo de un año para concretar o adecuar el RD-ley a las particularidades de estos colectivos. La Ley 20/2021 sigue con la misma lógica, si bien ubica la fecha del 8 de julio de 2022 como data máxima a partir de la cual, si no ha habido acuerdo o norma reguladora específica, se aplicará la Ley 20/2021 directamente.

Es evidente que la Ley 20/2021 asume el temor antes mencionado de negociar una Ley al respecto en plena pandemia del Covid-19 en relación a dos de los colectivos de empleados –en especial, de sanidad– que más han sufrido durante los años 2020 y 2021. Por ello, la Ley 20/2021 no regula la cuestión, sino que indica que la DF 2ª del RD-ley 14/2021 –que trataba sobre estos posibles procesos– continúa en vigor, por lo que llegados al 8 de julio de 2022, si no ha habido negociación o la articulación de un proceso específico para ambos colectivos, se aplicará plenamente la Ley 20/2021. En este sentido, parece

¹⁹ Nota de la Junta de Gobierno del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local de Barcelona de 2-3-2022, publicada en La Vanguardia de 6-3-2022, p.73. Añadiéndose a lo citado en el texto principal que “la independencia e imparcialidad (...) se acredita mediante el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, publicidad, transparencia, objetividad y seguridad jurídica”.

razonable que no se espere a esta fecha y se aprueben normas específicas para estos dos colectivos, que en términos numéricos suponen entre la mitad y dos tercios de todos los empleados autonómicos, tal como hemos expuesto²⁰.

- i) las medidas dirigidas al control de la temporalidad pública: la nueva DA 17ª EBEP.

La complejidad aplicativa de la DA 17ª del EBEP, incorporada al Estatuto Básico a través del art.1.3 de la Ley 20/2021 bajo la denominación de “medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público” añade tantas derivadas que merecería, por si misma, un análisis detallado. Las debilidades de esta disposición son diversas y la complejidad aplicativa hacia el futuro irá *in crescendo* conforme haya más empleados a los que deba aplicarse, si se dan los presupuestos de hecho de la Disposición.

La voluntad de la misma es responsabilizar a la Administración del cumplimiento de la normativa, que deberá velar por cualquier irregularidad en la contratación laboral temporal y en el nombramiento de funcionarios interinos. Ahora bien, no se señala que tipo de responsabilidades ni sobre quien recaerán. La indeterminación es evidente al señalar que “las actuaciones irregulares (...) darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas” (DA 17.2 EBEP).

Al respecto, la mayor de las dificultades que a nuestro juicio presenta es que debe ser la propia Administración incumplidora la que auto declare su responsabilidad por incumplimiento, lo que se nos antoja muy difícil, vistas las consecuencias. Por tanto, lo más habitual, de acontecer, será que el empleado deberá pleitear en vía judicial para lograr la compensación lo que implica una DA 17ª claramente judicializadora del conflicto, cuando podría haber impuesto una compensación *ex lege* sin vincularla a la exigencia de responsabilidades, pues eso supone que el gestor público deba asumir, *motu proprio*, responsabilidades administrativas, contables e incluso penales, lo que parece bastante dudoso que se concrete en la práctica cotidiana de forma voluntaria.

Por lo demás, la DA 17ª EBEP no tiene en cuenta que posibles incumplimientos en la duración máxima de los vínculos de funcionarios interinos y laborales temporales no se derivarán tanto de un incumplimiento del gestor sino de las tasas de reposición de efectivos que establezca año tras año la Ley de Presupuestos, que quizá impidan la convocatoria en tiempo y forma. En este sentido, aparece una disfunción entre la prescripción temporal que fija la DA 17ª EBEP y las dificultades que pueden acontecer si el sistema de tasas se mantiene

²⁰ *Vid.*, [http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/ boletin/Boletines/210701_Boletin_Julio_2021.pdf.pdf](http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp_boletin/Boletines/210701_Boletin_Julio_2021.pdf.pdf); última consulta, 3-3-2022.

en el futuro, tal como sí ha hecho, una vez más, la Ley 22/2021 de Presupuestos Generales para el ejercicio de 2022.

Por lo demás, es cuestionable que el régimen de compensaciones case con la doctrina del TJUE en relación a medidas suficientemente desincentivadoras para el incumplimiento de la Administración de las medidas de reducción de la temporalidad, tal como exponemos a continuación.

- j) el régimen de compensación económicas de la DA 17ª EBEP y su cohonestación con la Directiva 1999/77/CE.

Posiblemente sea, a nuestro juicio, el décimo elemento que comporta una debilidad de la Ley y que ha sido poco tenido en cuenta ni por el primigenio RD-ley 14/2021 ni tampoco por la Ley 20/2021.

No es una cuestión menor la complejidad que supone la regulación de la Ley 20/2021 con las exigencias que el TJUE y las Directivas europeas han impuesto, en el sentido de que hay numerosas dudas sobre si los propios procesos selectivos de estabilización, el régimen de indemnización y otros elementos de la norma resuelven o cumplen los criterios de la jurisprudencia europea o, posiblemente, no se adecuen a las mismas, como es el supuesto –entre otros muchos– que no haya derecho a compensación económica para los empleados interinos que no participen en los procesos de estabilización o la compleja inserción del personal indefinido no fijo en el proceso de la Ley 20/2021.

Posiblemente las debilidades se dan más en el ámbito de los trabajadores que los funcionarios, pero lo cierto es que muchos futuros litigios se darán en este ámbito de la compensación, tal como ha señalado la doctrina más reputada que ha tratado la cuestión²¹ y sobre cuya evolución jurídica deberemos estar atentos en los próximos meses o años.

4. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: LAS AMENAZAS A LA APLICACIÓN DE LA LEY

Si entendemos las “amenazas” a la aplicación de la Ley como un factor externo, lo cierto es que desde el primer momento, diversos han sido los elementos que ya se han conformado y que sin duda aparecerán también en los próximos meses y años. Muchas de ellas se derivan de las propias debilidades antes señaladas; a nuestro entender, deben destacarse las siguientes, pero con la misma consideración efectuada anteriormente, que no son las únicas ni necesariamente las más importantes, pues la Ley 20/2021 incorpora muchas ambigüedades y su

²¹ Nos remitimos a las consideraciones de Beltrán de Heredia Ruiz, I: “Las medidas para reducir el empleo público temporal a la luz del asunto IMIDRA y del RD-ley 14/2021”. *Temas Laborales*, num.159, 2021, pp.53-84.

aplicación a través de convocatorias selectivas se antoja muy dada a excesos por parte de cada Administración afectada.

En concreto, consideramos importante resaltar las siguientes “amenazas” que pueden surgir a la hora de aplicar la norma mencionada.

- a) la Ley 20/2021 ha nacido en un contexto de grave discordia entre los diversos agentes afectados y también la participación de nuevos “agentes” no representativos en el sentido clásico: las plataformas *ad hoc* de interinos, un sindicalismo que se autodenomina “alternativo” y que se ha enfrentado a CCOO, UGT y CSIF –sindicatos más representativos en la Administración española– y las propias redes sociales, que eran elementos que quizá hace una década nunca hubieran sido tenidos en cuenta. Un elemento que posiblemente los negociadores del Acuerdo de 5 de julio jamás lograron otear y que ciertamente ayudó a que en primera votación no se convalidará RD-ley 14/2021 en la sesión del Congreso de 21 de julio. Un agrio debate que se mantuvo durante todo el trámite parlamentario.

En este sentido, más que nunca en una norma de empleo público, han surgido agentes externos a los habituales, muy difícil de interlocutar con ellos, que incluye a despachos de abogados muy concretos que han elevado los niveles de litigiosidad a cotas inesperadas y que siguen haciéndolo tras la Ley 20/2021, por rechazar las soluciones que esta norma establece.

La “amenaza”, en este sentido, puede visualizarse como un cambio de paradigma del habitual procedimiento de negociación de una norma de empleo público, en donde los actores consolidados durante las últimas cuatro décadas han quedado literalmente superados por otros actores que, aun sin representatividad conocida o contrastada, expanden un mensaje que llega muchísimo más a los empleados afectados que el institucional del Gobierno, los grupos políticos, los sindicatos representativos o la propia Administración.

- b) Como hemos señalado, la aplicación de la Ley 20/2021 está siendo, ya ahora mismo, conflictiva. Esto es, al inicio mismo de su aplicación y no habiéndose alcanzado el primer momento del trámite –1 de junio de 2022– el conflicto se visualiza en muchas Mesas de Negociación.

Así, tal como hemos expuesto con anterioridad, la misma negociación de qué plazas se incorporan o no a la estabilización y en especial, la articulación del contenido de las bases del concurso-oposición o concurso es el primer paso a muchas posibles impugnaciones, en vía administrativa y luego en vía judicial. En este sentido –aunque es difícil prever la dimensión de tal judicialización– no serán pocas las convocatorias impugnadas, los resultados finales de los procesos también que serán recurridos y la consiguiente judicialización.

- c) al cierre de este documento, no ha se presentado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, pero los elementos de contenciosos que acontecerán será sin

duda, en primer término los recursos administrativos y, en segundo término, la vía judicial. En este sentido, la opción de cuestiones de inconstitucionalidad planteada por jueces se centrará fundamentalmente en dos elementos. En primer lugar, si es acorde con los principios constitucionales la existencia de un concurso-oposición en que la fase de oposición no sea eliminatoria; en segundo término, la viabilidad del concurso de méritos o, quizá más específicamente, la tipología de méritos a valorar.

A nuestro entender, la doctrina del Tribunal Constitucional es clara en cuanto a los procesos de estabilización. No debemos confundir, por tanto, la doctrina “ordinaria” del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en los procesos ordinarios de selección, de aquellos que tienen una finalidad de estabilizar amparada en elementos de tutela o garantía constitucional.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha validado medidas a favor de los interinos de cada Administración en procesos de estabilización, en aras de garantizar derechos o principios constitucionales²², como es el caso de mantener la continuidad de los servicios públicos, como aconteció con la construcción del Estado de las Autonomías o la consolidación del sistema sanitario público como aconteció con la Ley del 2002. La cuestión estribará, en gran medida, si la Ley 20/2021, por ser la enésima norma que trata la cuestión y que además incorpora reglas de gran riesgo, como el concurso de méritos, superará el linde de constitucionalidad que le imponga el Alto Tribunal.

Por ello, esta circunstancia que hemos expuesto se trasladará, posiblemente a un doble conflicto jurídico:

1º. El que se deriva de la constitucionalidad o no de determinados preceptos o, en su caso, que deban interpretarse de una determinada forma. En este sentido, que la fase de oposición pueda no ser eliminatoria no puede permitir –a nuestro juicio– que no se exija ninguna nota mínima, por lo que quizá sea constitucional el precepto pero interpretado de tal forma en que un determinado nivel de capacidad sí debe demostrarse. Idéntico razonamiento puede darse sobre el concurso de méritos, medida excepcional en el sistema de empleo público y en que el Tribunal Constitucional a buen seguro deberá valorar si se dan –o no– las circunstancias de excepcionalidad para que se convoquen entre 200 y 300 mil plazas por el sistema de concurso. A nuestro entender, el concurso es uno de los eslabones más débiles de la Ley 20/2021 visto el recorrido judicial que han tenido muchos de ellos con anterioridad y que han finalizado en un fracaso.

²² Al respecto, son de gran interés las SSTC 12/1999 y 107/2003. Aquí se analiza si es posible sólo valorar méritos por servicios en la propia Administración en exclusiva o si es factible dar un valor distinto –superior– a los méritos propios frente a los servicios prestados en otras Administraciones. El resultado es que ello es factible, pero siempre como medio excepcional, por una única vez y en el contexto de un proceso de estabilización que sea validado por el Tribunal Constitucional como un remedio necesario.

2º. La segunda cuestión, nada menor, es que aunque determinados preceptos pasen el sesgo de constitucionalidad, no sea así los recursos de amparo que se presenten en relación a tal o cual convocatoria. Muchas sentencias del Tribunal Constitucional parten de la corrección del precepto legal que ampara la convocatoria, pero no la forma de articular su contenido. Aquí, los términos de “razonabilidad”, tan reiterados por la doctrina constitucional serán de gran importancia, de tal forma que muchos procesos selectivos pueden ser anulados no tanto por la nulidad del precepto de la Ley 20/2021 sino de su aplicación a través de las convocatorias de selección.

En este sentido, apostamos que el conflicto será mucho más intenso en las impugnaciones a convocatorias o a los resultados de las mismas que a los propios preceptos de la Ley, pues un artículo puede ser perfectamente constitucional pero su uso o aplicación contrariar todos los principios de igualdad, mérito y capacidad.

d) un elemento que el legislador no ha tenido en cuenta o ha orillado, es el *totum revolutum* que se deriva de los términos de la Ley.

Es evidente que al fijar unas determinadas fechas se ha intentado evitar el retraso o incluso la no convocatoria derivada de los procesos de la Ley 3/2017 y 6/2018. Sin embargo, la Ley fija para el 2022 dos fechas clave: en primer término, que todas las Ofertas de estabilización deben estar aprobadas y publicadas con anterioridad al 1 de junio del 2022 y las convocatorias resultantes publicadas antes del 31 de diciembre. Todo ello conjuntado que el proceso debe haber finalizado antes de finales de 2024 y alcanzar una temporalidad no superior al 8 por ciento, que debe calcularse en base a cada Administración individualmente considerada.

Esta medida ha tensionado a niveles máximos las áreas de recursos humanos de las Administraciones, hasta el punto que hay una falta de resolución o respuesta si no se alcanza a cumplir estas fechas por razones puramente organizativas.

Debe tenerse en cuenta que según nuestros propios cálculos, solo que la Ley 20/2021 afecte a la mitad de las entidades locales, deberán publicarse antes del 1 de junio de 2022 aproximadamente unes 4000 ofertas de empleo público y, posteriormente, un número infinito de convocatorias, pues cada Oferta de Empleo puede incorporar un número mayor o menor de plazas a convocar con sus procesos selectivos correspondientes. Si a ello unimos las cientos de miles de plazas que pueden convocarse en el sistema educativo o sanitario, el resultado será que en los próximos tres años –2022, 2023 y 2024– las áreas de recursos humanos se dedican a tiempo completo a gestionar la estabilización, orillando otras circunstancias de igual o incluso superior importancia²³.

²³ Si tomamos, como referencia, a Cataluña, por ser la Comunidad con el segundo mayor número de empleados en términos absolutos –no porcentualmente en relación a la población, pues

En este sentido, no se escapa a ningún gestor público que pueden llegar a publicarse diversas decenas de miles de convocatorias en el periodo comprendido como mínimo entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2021. Aunque se menciona que son unas 800 mil las plazas afectadas es muy difícil de conocer el número total, si incorporamos por lo demás a las sociedades mercantiles, entidades empresariales, las fundaciones y los consorcios, todos ellos integrados en el sector público (DA 7ª Ley 20/2021).

5. LA LEY 20/2021 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: LAS OPORTUNIDADES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY

La Ley 20/2021 supone, en sí misma, una oportunidad para reconducir un problema que hemos calificado de “asunto de Estado”, una cuestión que amenaza la estabilidad de la propia Administración ante los desafíos que tiene en el futuro²⁴.

Una Administración moderna, en la tercera década del siglo XXI, no puede permitirse tasas de temporalidad estructural de un tercio de los empleados públicos, cuanto menos. En este sentido, posiblemente sea el proceso de estabilización más masivo de la historia de la función pública desde 1978. Sin embargo, las oportunidades que ofrece la Ley 20/2021 también incorpora pérdida de otras; es una norma en blanco y negro y con muchos matices grises.

A nuestro entender, debemos valorar las siguientes oportunidades, pero también de pérdida de opciones, pues nos parece, *prima facie*, una Ley para resolver un problema, pero sin ninguna perspectiva de futuro o de poner las bases para evitar que se reproduzcan en el futuro los mismos esquemas de incremento de la temporalidad.

- a) los cálculos de las plazas afectadas por la Ley 20/2021 oscilan entre 300 y 800 mil, por lo que deberemos esperar a las Ofertas de empleo aprobadas antes de 1 de junio para conocer el alcance real de plazas –y empleados– sujetos a la

es la Comunidad con menos empleados por cada cien ciudadanos–, de los 324.000 empleados que componen todo el sector público, se acredita que la Generalitat mantiene 100.000 funcionarios de carrera y 59.000 funcionarios interinos, 38.000 laborales fijos y 16.000 laborales temporales; la Administración local catalana supone 26.000 funcionarios de carrera y 8500 funcionarios interinos; frente a los 36.000 laborales fijos se contabilizaban 10.000 trabajadores temporales. En este sentido, sobre un total de 324.000 empleados públicos, se contabilizan 83.000 temporales o interinos, esto es 1 de cada 3. Datos (2019) obtenidos del Institut d’Estadística de Catalunya; <https://www.idescat.cat/pub/aec/978>; última consulta, 28-2-2022.

²⁴ Boltaina Bosch, X: “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización...” ob.cit.

estabilización. La misma inconcreción real de la “tragedia” visualiza que la Ley adolece de un estudio serio, solvente y detallado del quantum de empleados afectados y de las plazas a convocar.

Sea cual sea la cifra, el desiderátum es lograr a finales de 2024 un tasa de temporalidad en España del 8 por ciento, porcentaje que sin embargo la reforma laboral por RD-ley 32/2021 no ha osado fijar para el sector privado. Y aunque este porcentaje es individual en cada Administración²⁵, si se elevara a términos globales –criterio que parece defender el Estado–, supondría reducir la temporalidad a unos 250 mil empleados. Si la cifra se alcanza–y hay muchas dudas al respecto, aunque sea por simples términos de logística– se situaría en términos de razonabilidad, aunque desconocemos la razón por la que el 8 por ciento es el adecuado, y no el 6 o el 10, por ejemplo. Ahora bien, la Ley 20/2021 carece de una contraparte, un estudio serio sobre como reponer el millón de empleados que se jubilarán antes de 2032, esto es en los próximos diez años. Parece que el volumen de empleados que se estabilizarán es similar al de empleados fijos que abandonarán la Administración, en una especie de juego de ajedrez en que ambos bandos se comen piezas a la par.

- b) La cuestión clave es si esta oportunidad tiene como finalidad resolver el problema, pero olvidando u orillando cuestiones básicas de constitucionalidad. Esto es, el concurso de méritos es una solución que casa con gran dificultad con los principios –constitucionales– de mérito y capacidad. Igualmente sucede con el concurso-oposición en donde la fase de oposición pueda no ser eliminatoria. Sobre ello ya hemos expresado nuestras dudas a lo largo de este documento. A todo ello, hay que añadir la muy cuestionable política de valorar –sobervalorar o incluso hipervalorar– los méritos internos de cada Administración frente a los aspirantes externos, sean empleados interinos de otras Administraciones o ciudadanos sin experiencia pública. Esto es, aquilatar hasta qué punto la finalidad de estabilizar supone una oportunidad o es una pérdida a la hora de seleccionar, de manera definitiva, los mejores aspirantes o bien simplemente consolidar a los ya existentes sin perjuicio de su mayor o menor capacidad, compromiso, formación o valor para la Administraciones.

Algunos autores han apuntado que se estabilizaran cientos de miles de empleados en plazas que quizá no son necesarias a medio o largo plazo, e incluso a término cercano. La Ley debería haber obligado a analizar en profundidad las necesidades reales de cada Administración, pero lo ha obviado de manera expresa. En este

²⁵ Criterio que parece no compartir el Estado. En un borrador que ha sido distribuido por las redes sociales e internet y que no lleva firma, pero si membrete de la Dirección General de Función Pública, bajo el título de “Borrador de Criterios Comunes” para aplicar la Ley de estabilización, se señala que “el objetivo de la reforma es situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por ciento en el conjunto de las Administraciones Públicas españolas” (criterio 1.9).

sentido, podemos plantear hasta qué punto es preciso estabilizar conserjes, auxiliares administrativos, juristas o personal de otro tipo ante un cambio de paradigma radical en los servicios que deben prestarse en el futuro; al respecto hay ya autores que han reflexionado al respecto y plantean que muchas de las plazas que ahora se estabilizaran no tienen sentido a corto o medio plazo²⁶.

- c) finalmente, la Ley 20/2021 pierde una gran oportunidad. Paradigmáticamente, lo que podría haber sido la gran oportunidad de la Ley se ha convertido, a nuestro entender, en una ausencia. En este sentido, quizá pueda resolver el problema existente de cientos de miles de empleados temporales; cuestión distinta es que de su texto se desprenda medidas para evitar en el futuro caer en las mismas circunstancias, tal como ya hemos planteado con anterioridad.

Lo cierto es que en la Ley 20/2021 no hay norma o previsión absoluta que plantee dos elementos básicos que debería enfrentar el empleo público: en primer término, la incorporación y gestión de la futura temporalidad, en segundo lugar, poner las bases para un sistema de selección que evite el enquistamiento de la temporalidad y la incapacidad de reponer a los empleados que marchan con nuevos empleados permanentes y los procesos de selección no se eternicen, tal como la propia Administración del Estado reconoce, fijando un promedio de entre dos y tres años la selección ordinaria²⁷. La única regla que se incorpora son límites en la duración de la interinidad funcional, pero nos parece una perspectiva excesivamente alicorta para considerar que estas bases conforman un modelo sólido para evitar en el futuro un “*dejà vu*”.

6. ELEMENTOS PARA LA REFLEXIÓN FINAL: DIEZ ALTERNATIVAS PARA UNA TEMPORALIDAD AJUSTADA A UNA ADMINISTRACIÓN DEL SIGLO XX

A nuestro entender, ante la ley 20/2021, la reforma laboral llevada a cabo por el RD-ley 32/2021 y los parámetros que para el futuro parece marcar la Ley 22/2021 de presupuestos generales del Estado para el 2022 –lo que supone que

²⁶ Gorriti, Mikel (2019): “La necesaria evolución de los puestos.”, ob.cit; en la p.16 del powerpoint se hace referencia al trabajo de Carles Ramio en 2018 (Ramio, 2018/Suskind&Susking, 2015/USBLS, 2018), según el cual se plantean como puestos a no reponer, entre otros los conductores de transporte público, mensajeros, carteros, manipuladores, administrativos, auxiliares, conserjes, centralitas telefónicas, imprenta, registro, e incluso letrados. No compartimos una opción tan generalista y tajante, pero es evidente que algunos de estos colectivos como médicos, fuerzas armadas, contabilidad/auditoría o letrados los propios autores mediatizan la no necesidad de reposición en base a que hay muchas variables que permitirán una reducción de estos efectivos al permitir que la inteligencia artificial pueda sustituir una parte de las funciones.

²⁷ *Vid.*, al respecto, AGE – Administración General del Estado: “Orientaciones para el cambio en materia de selección en la Administración General del Estado”, mayo, 2021.

posiblemente se mantendrá la filosofía selectiva de la ley presupuestaria– creemos que puede ser de interés proponer algunos elementos a tener en cuenta, a modo de conclusión, para reconducir la temporalidad y también evitar caer en los errores cometidos de forma reiterada durante los más de cuarenta años últimos, a partir de 1978 y, en especial, desde la Ley 30/1984 de 2 de agosto.

Estas propuestas, por supuesto, ni son cerradas ni incuestionables, al contrario. Pueden permitir reconducir el problema en los próximos años y ser planteadas como criterios mínimos, pues es necesario repensar la función pública española de arriba a abajo y superar muchos de los modos enquistados en diversos ámbitos, como la selección, la negociación colectiva, la carrera y la promoción, el sistema de retribución o reflexionar sobre si el sistema de “empleo de por vida” es el que casa mejor con los nuevos paradigmas de esta tercera década del siglo XXI. Por consiguiente, la temporalidad es un grave problema, pero se enmarca en un modelo de empleo público que no se ha adaptado a los nuevos tiempos y que, por ejemplo, en políticas selectivas el modelo español ha quedado superado por casi todos los países democráticos europeos.

1º. Una interinidad funcional exclusivamente causal en base a las excepciones de urgencia y necesidad

Desde siempre se ha planteado la necesidad de “repensar la figura”²⁸ del funcionario interino, máxime cuando la doctrina judicial del TJUE ha ido aproximado los derechos de este colectivo con el de los funcionarios de carrera, con una excepción, que es el derecho al cargo o estabilidad.

La necesidad de empleados públicos temporales –funcionarios, aunque también laborales– es indudable, incluso cuando implican ejercicio de autoridad por parte de los funcionarios interinos²⁹. En este sentido no puede cuestionarse la figura, pero si reconducir su uso a unos niveles adecuados.

Tras el RD-ley 14/2021 y la Ley 20/2021, el nombramiento de un funcionario interino debe ser siempre causal –lo era ya desde el propio EBEP e incluso con anterioridad–, en base a un precepto y una causa que permita el nombramiento y con un plazo temporal máximo de permanencia, que se ha situado en tres años en el funcionario interino en plaza vacante, en tres años también –ampliable a cuatro años según lo permita la ley de desarrollo, generalmente autonómica– en los funcionarios vinculados a programas administrativos temporales y a nueve meses

²⁸ Cantero Martínez, J: “El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, núm.12, 2017, pp.8-29.

²⁹ Brufao Curiel, P: “Funcionarios interinos y empleo público: análisis general de su controvertido régimen jurídico”. RVAP, num.120, p.37.

en el interino funcionario por exceso de tareas, y con la excepción del interino funcionario por sustitución de funcionario con reserva de puesto de trabajo, cuya duración puede ser muy prolongada³⁰.

Pese a la Ley 20/2021, el régimen jurídico del funcionariado interino carece aún hoy día de un sistema estructurado, adolece de un modelo “serio”, “bien planteado” y “con racionalidad interna”, pues como hemos planteado³¹, a menudo el statu quo de funcionario interino es el paso previo a funcionario de carrera –en una lógica extensible, también, al personal laboral temporal–.

A nuestro juicio, los cuatro tipos de funcionarios interinos del art.10 EBEP –con anterioridad y luego también de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre– están justificados y bien acotados, pero su uso se ha desvirtuado fundamentalmente en los funcionarios interinos vinculados a programas temporales de actuación administrativa y los funcionarios interinos en plaza vacante. La ampliación de seis a nueve meses del funcionario por exceso de tareas no es precisamente tampoco positiva –no necesariamente negativa tampoco–, pues parece amparar necesidades de servicios no anualizadas, sino en tempus marcados, como el profesorado que presta docencia entre septiembre/octubre y mayo/junio y con independencia de que no se localiza en el trámite parlamentario la razón última de esta ampliación temporal, aunque pueden plantearse multitud de supuestos en que se da una lógica racional para poder disponer de un funcionario para este plazo temporal.

En el primer supuesto mencionado, el EBEP fue reformado una década después de su promulgación, para corregir el posible fraude de ley, que se generalizaba, con la “ingeniería jurídica” de crear “programas” de duración ilimitada. En este sentido, se aplicó un periodo máximo de tres años –ampliables hasta cuatro años si una Ley “de Función Pública” dictada en desarrollo del EBEP lo prevé–, que en la reforma del art.10 a través de la Ley 20/2021 se ha mantenido.

Con ello, la interinidad vinculada a programas temporales en gran medida se aproxima a las duraciones propias del derogado contrato de obra o servicio determinado que fijaba el antiguo art.15.1.a) del ET.

En cuanto a la duración máxima de la interinidad en plaza vacante a tres años, que fija el nuevo art.10 EBEP, según el art.1.1 de la Ley 20/2021 –que mantiene la previsión del RD-ley 14/2021– supone la constatación del fracaso de la previsión inicial del EBEP de que toda plaza de funcionario interino en plaza vacante debía convocarse en el año en que se formalizara el nombramiento, o en el posterior salvo amortización, conjuntado con el art. 70.1 *in fine*, que señalaba –y

³⁰ *Vid.*, en detalle, Sánchez Morón, M: “Régimen jurídico de los funcionarios interinos”, Aranzadi, 2020, pp. 32-40.

³¹ Boltaina Bosch, X: “El Real Decreto ley 14/2021 sobre personal interino...”, ob.cit.

sigue haciéndolo— que las Ofertas de Empleo Público deben ejecutarse en un plazo máximo de tres años.

Con la Ley 20/2021, el nombramiento finaliza *ex lege* a los tres años a partir de la fecha del nombramiento, por lo que es un cese *ad personam*, con alguna excepción prevista por la ley —que la plaza haya sido convocada y esté en proceso de cobertura—. Por tanto, el funcionario interino queda en una situación de inferioridad de condiciones mayor que la previsión inicial del EBEP de 2007, pues su permanencia dependerá exclusivamente del cumplimiento o no de las obligaciones de la Administración, aunque esta pueda incurrir en responsabilidades en base a la nueva disposición adicional 17ª del EBEP, que ya incorporó el RD-ley 14/2021 y mantiene la Ley 20/2021. Esto es, pese a un incumplimiento y la hipotética sanción, el funcionario interino finaliza su vínculo y sin ningún tipo de compensación económica.

El efecto, con dudas sobre su carácter organizativo y humano, es que sólo será razonablemente no arriesgado nombrar un funcionario interino en plaza vacante si esta plaza lo es, como tal, consecuencia de una causa como las previstas por la Ley de Presupuestos a la hora de calcular la tasa de reposición de efectivos —la más general, la jubilación, fallecimiento o excedencia voluntaria sin reserva de plaza—.

Por el contrario, queda desvirtuada o incluso anulada la posibilidad de cubrir plazas de nueva creación, porque no desapareciendo la tasa de reposición —salvo la posibilidad peculiar que permite la DA 4ª del RD-ley 32/2021, aunque sólo aplicable al personal laboral—, la convocatoria dependerá de un efecto ajeno al nombramiento interino y la nueva plaza: la existencia de una tasa derivada de algún supuesto previsto en la ley, como las antes dichas. En este sentido, si bien la tasa para el 2022 ha superado en muchos casos al 100 por ciento, alcanzando incluso el 120 o 130 por ciento, lo cierto es que sigue siendo el eje central de futuras Ofertas de Empleo y no puede preverse cuál será la política al respecto en el año 2023 y siguientes ya que se deberá estar pendiente de la política presupuestaria anual del gobierno o ministro de turno.

2º. La necesidad de regular específicamente el contrato laboral temporal en la Administración Pública

La presencia de personal laboral, fijo y temporal, ha sido una constante en la Administración pese a que desde la STC 99/1987 se entiende que debe ser la excepción al régimen general funcionarial. Lo cierto es que en la Administración local es mayoría, superando porcentualmente al funcionariado. También en otros muchos servicios de la Administración estatal y autonómica la presencia de trabajadores fijos o temporales —e indefinidos no fijos— es muy elevada y por tanto, se puede incluso hablar de un “derecho del empleo público laboral” habida cuenta la gran conflictividad que se da, del que es buena prueba la figura del trabajador indefinido no fijo.

Tras la reforma laboral a través del RD-ley 32/2021 puede darse la paradoja que el contrato temporal sea residual –salvo el contrato de interinidad– y se produzca una huida hacia fórmulas funcionariales, fundamentalmente el funcionario interino vinculado a programas administrativos de carácter temporal con larga duración –de tres o incluso cuatro años–.

Sin embargo, la reforma laboral del RD-ley 32/2021 ha incorporado dos formas de posible temporalidad laboral, ad hoc para la Administración, que puede conllevar un nuevo elemento de distorsión de la presencia de la contratación temporal.

En concreto, nos referimos a los contratos vinculados a programas de activación para el empleo (DF 2ª RD-ley 32/2021), que permitirá a las Administraciones públicas y las entidades sin ánimo de lucro formalizar contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo, “cuya duración no podrá exceder de doce meses”. Una DF que incorpora este contrato como DA 9ª de la Ley de Empleo (RD-legislativo 3/2015 de 23 de octubre).

En segundo término, la posibilidad de contratos de duración determinada por parte de entidades públicas vinculadas al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea y que se concreta en contratos para ejecutar el referido Plan, aunque también para ejecutar programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea (DA 5ª RD-ley 32/2021).

Por otro lado, creemos que se ha solventado en falso los términos de la duración del contrato de interinidad; así, en primer término, la DA 17ª EBEP hace referencia a una duración máxima de la contratación laboral temporal, pero no indica cual es la de la interinidad laboral mencionada; pero marcando este camino, debemos recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo emanada a partir de junio de 2021 que la fija en tres años, y cuyo exceso supone convertir el vínculo en indefinido no fijo³². Pese a ello, la DA 4ª RD-ley 32/2021 ha validado esta interinidad pero no fija un término máximo, a diferencia del sector privado en que el art.15 ET señala que será de tres meses o el ya comentado nombramiento de funcionario interino en plaza vacante, cuya duración no podrá superar los tres años.

Lo anterior, sin embargo, comporta dificultades aplicativas de gran calado. En primer término, hoy por hoy si se superan los tres años la Administración no se puede rescindir el contrato so pena de incurrir en un despido improcedente o incluso nulo.

³² En extenso, *vid.* Boltaina Bosch, X: “El contrato de interinidad por plaza vacante tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2021”. La Administración Práctica, núm.8, 2021, pp.51-63.

En segundo lugar, si bien la jurisprudencia reconoce el carácter de indefinido no fijo ello no puede declararse de oficio por parte de la Administración, al seguir vigente la DA 43ª de la Ley 6/2018, según la cual los órganos administrativos en “especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo”.

La norma continua señalando, además, que “los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial”. A ello nada ayuda que la DA 4ª RD-ley 32/2021 indique que “se podrán suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva (...)”.

La única respuesta jurídicamente segura pasa por incorporar una reforma al Real Decreto 2720/1998³³, que señale que la duración vinculada al proceso selectivo –hasta el momento, indeterminada por el Reglamento aprobado hace un cuarto de siglo e indeterminada según el RD-ley 32/2021– y que ha permitido interinidades laborales *ad aeternum*, se reduzca a tres años, medida que es perfectamente legal de igual manera que acontece con este mismo tipo de contrato en el sector privado en que la duración se limita a los tres meses y no es posible recurrir a un nuevo contrato de interinidad con persona distinta. O, alternativamente, derogar el referido RD –lo que muy posiblemente acontecerá– y aprobar uno nuevo que se adapte al contenido de la reforma laboral de 2021.

Una previsión que entendemos debía haberse incorporado al ET tras el RD-ley 32/2021 evitando así una disfunción, en que la interinidad funcionarial está plenamente tasada en su duración en el EBEP, pero no así para la laboral en el seno de la Administración, frente a los tres meses que si se prevé para el sector privado en el nuevo art.15 ET, post RD-ley 32/2021.

Por ello, entendemos que sería preciso un marco jurídico conjuntado y coherente de la contratación laboral temporal en la Administración, incluso aprobando una norma legal específicamente para que el operador jurídico, el gestor

³³ En concreto el art.4.2.b) del RD 2720/1998 señala la doble distinción. Así, en procesos de selección, “la duración será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima. En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica”. Lo mismo se ha elevado a nivel legal con el RD-ley 32/2021, en el art.15 y la DA 4ª.

y los propios empleados sepan a qué atenerse en cada supuesto y evitar disfunciones y contradicciones entre el EBEP, la legislación laboral y la jurisprudencia.

3º. La reconsideración de los procesos de selección del personal temporal e interino: el refuerzo de los principios de igualdad, mérito y capacidad

Si con la Ley 20/2021 acontecerá la estabilización de cientos de miles de empleados interinos y temporales a través de procedimientos que hemos tenido la ocasión de calificar como “blandos”³⁴ con una dilución del mérito y la capacidad en un concurso-oposición con una fase de oposición posiblemente no eliminatória o con el simple concurso de méritos, nos atrevemos a aventurar que ello puede volver a suceder en un plazo no superior a cinco o seis años, aunque sólo sea en base a la necesidad de incorporar personal para sustituir a los cien mil empleados que se jubilarán anualmente en todas las Administraciones públicas españolas.

En este caso, habrán logrado la condición de “fijeza” un cúmulo considerable de ciudadanos en que quizá su incorporación inicial a la Administración lo fue sin prueba selectiva, por decisiones políticas o acuerdos sindicales, mediante entrevistas personales, por valoración de un currículo pero también incluso por pruebas selectivas de escaso o nula exigencia. El abanico es amplio: desde la nula exigencia de ningún mérito y capacidad hasta aquellos que superaron un proceso selectivo para ser fijo o funcionario de carrera, pero no obtuvieron plaza y pasaron a formar parte de las bolsas de trabajo y luego se incorporaron como interinos. Una franja amplia que no ha sido tenida en cuenta en absoluto por la Ley 20/2021.

Ante ello, entendemos que sólo hay dos posibles alternativas de futuro. Hemos indicado al analizar el RD-ley 14/2021 que quizá puedan existir otras opciones, pero desde un punto de vista de cada Administración, sólo intuimos dos específicas³⁵ en base a un postulado que es muy habitual, en especial en el ámbito autonómico y local, cual es que con gran frecuencia la interinidad/temporalidad es el paso previo a la condición de fijeza: “una vez dentro del empleo público, la mayoría de los empleados temporales adquieren una cierta estabilidad de hecho, hasta que, en su caso, logran consolidar la plaza mediante un procedimiento sencillo de concurso-oposición, en el que se rebajan las exigencias de las pruebas de aptitud y se valoran desmesuradamente los años de servicio”³⁶. Y aunque ello se considera

³⁴ Tuvimos ocasión de analizar ampliamente esta cuestión en nuestro artículo “Los procesos selectivos blandos y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, núm.extraordinario 2, pp.140-155.

³⁵ Boltaina Bosch, Xavier: “Personal temporal...”, ob.cit.

³⁶ Sánchez Morón, M: “La consagración del funcionario interino indefinido”. RAP núm.208, 2019 pp.223-238.

un efecto perverso y no buscado por la norma³⁷, lo cierto es que la realidad nos lleva a tal conclusión de forma mayoritaria en el mundo local y autonómico, y en gran medida en los empleados de las agrupaciones profesiones y subgrupos C2 y C1 de la Administración del Estado y de los Servicios de la Seguridad Social.

Por ello consideramos que el acceso a la condición de empleado temporal o interino debería requerir, superada la situación de la Ley 20/2021, unos procesos selectivos estrictos y exigentes, que superen ya no sólo los modos de entrevistas, currículum o pruebas de escasa complejidad, sino también las pruebas de valoración en base a fórmulas de tipo test. Esto es, la asunción que el proceso de selección para temporal o interino debe comportar unos niveles de exigencia iguales o muy parecidos a la de condición de empleado permanente.

Ello requeriría unas pruebas rigurosas, con convocatorias en que se acredite el mérito y la capacidad, en que intervengan elementos de conocimiento teórico y práctico y, si es posible, también la entrevista y la valoración de méritos, a través de Tribunales que asuman la misma profesionalidad, rigor e imparcialidad con que actúan –o deberían– los órganos selectivos del personal funcionario de carrera o laboral fijo. Supondría reconocer y asumir que la selección del personal temporal lo es casi como un paso previo a la continuidad de la carrera en el futuro como personal permanente.

La segunda opción, nada desdeñable pero que supone un cambio de cultura ciudadana pero también sindical y política, es desconectar completamente el acceso a la temporalidad de cualquier expectativa futura de beneficio o plus intenso para participar en el proceso selectivo para obtener una plaza permanente. Acaso valorar en cierta medida este mérito, pero con un paradigma que suponga que el empleado interino o temporal asuma que su paso por la Administración no le otorgará un beneficio futuro en detrimento de los aspirantes externos.

Ello supondría una temporalidad circunscrita a ello y que si acaso otorga un posible plus en el futuro, será circunstancial y reducido en la fase de méritos y, en todo caso, con límites temporales como el señalado de los tres años.

En este último supuesto, las exigencias de acceso pueden ser más débiles, no tan formales ni estrictas, pero con una consecuencia clara: el aspirante conocerá desde el principio que su itinerario será relativamente corto en el tiempo –no más de tres años– y que esta experiencia que logrará –experiencia retribuida, por lo demás–, no le supondrá un mérito tan intenso que impida luego el acceso de un ciudadano por el turno libre sin experiencia en esa y específica Administración pública.

³⁷ Jiménez Asensio, R: “Doce tesis y seis hipótesis sobre la selección de empleados públicos y su futuro”. Ponencia en las Jornadas del IVAP-2019.

Queda, sin embargo, un vacío que prácticamente nadie ha valorado o analizado: los interinos en sustitución de persona con reserva de plaza, sean laborales o funcionarios. Si bien su duración está, siempre y en todo caso, limitada temporalmente, la cuestión se complica –y mucho– cuando la sustitución se deriva de una reserva por excedencia forzosa laboral o una situación de servicios especiales del funcionario titular o bien el empleado interino va acumulando sustituciones de diversos empleados con derecho de reserva –lo más habitual, por incapacidad temporal o bajas por maternidad–. Esto último en base generalmente a bolsas de trabajo de entrada y salida permanente, que incorporan un elemento perverso creando bolsas de interinos con decenas e incluso centenares de nombramientos de menor o mayor duración en un ciclo sin fin.

En este caso, podría darse –de hecho, acontece– que el interino laboral o funcional acumula mucha antigüedad sin ninguna perspectiva y sin compensación económica –tampoco prevista en la Ley 20/2021–. Ante ello, la única opción es limitar estas duraciones a un plazo no superior a tres o cuatro años y, de no retornar el funcionario de carrera o laboral fijo por mantener su derecho de reserva, dar por finalizado el vínculo interino y optar por políticas internas de provisión del puesto de manera transitoria, por personal permanente de la propia entidad pública. De hecho, supondría aplicar una política de provisión de puestos de trabajo normalizada y no, como acontece a menudo, en que nunca hay concursos de provisión y en que también frecuente, los empleados están adscritos a sus respectivos puestos de manera provisional con carácter casi permanente.

4º. La regulación legal de las bolsas de trabajo o empleo en base a criterios de publicidad, mérito y capacidad

Las denominadas “bolsas de empleo” o “bolsas de trabajo” son una de las instituciones más peculiares del empleo público, porque no hay regulación alguna en el EBEP y a menudo funcionan a través de normas autonómicas de mayor o menor rango –generalmente reglamentario– o bien por negociación colectiva.

Significativamente, las bolsas son un elemento de selección de empleados que podrán ser incorporados temporalmente en un plazo relativamente corto a la Administración, pero su funcionamiento interno es, muy a menudo, opaco y no son menores los conflictos sobre el “orden de llamamiento”.

En este sentido, la Ley 20/2021 ha venido a crear una cierta confusión. En primer término porque el nuevo art.10.2 EBEP parece vacilar sobre su vigencia, cuando señala que los procedimiento de selección de funcionarios interinos serán públicos “y tendrán por finalidad la cobertura inmediata de su puesto”, lo que supondría desvirtuar o anular las bolsas de trabajo, cuya duración no es sólo incorporar inmediatamente empleados sino que a menudo mantienen duración de su vigencia de dos o tres años.

Por el contrario, la DA 4ª Ley 20/2021 autoriza que en las convocatorias de estabilización se podrá prever que quienes no superen el proceso selectivo podrán ser incluidos en “bolsas de personal funcionario interino o de personal laboral temporal específicas” aunque también “su integración en bolsas ya existentes”.

Una medida que, pese a su redacción, debería beneficiar no sólo a los interinos que no superen el proceso selectivo de estabilización, sino cualquier otro ciudadano. Así la norma se refiere a “personas que no superen el proceso selectivo”, esto es “candidatos que, habiendo participado en el proceso selectivo” no lo ha superado, pero “sí hayan obtenido la puntuación que la convocatoria considere suficiente”.

En este sentido, parecería razonable plantear una regulación legal de las bolsas de trabajo, con carácter de norma básica aplicable a todas las Administraciones, que incorporaran también elementos de protección para los entes públicos, habida cuenta que la entrada y salida constante de una bolsa de trabajo con nombramientos acumulados o contratos temporales sucesivos puede suponer para la Administración incurrir en las infracciones que el EBEP y el Estatuto de los Trabajadores establecen sobre supuestos de responsabilidad y, por tanto, la aplicación de la DA 17ª EBEP, entre otras medidas, como es el art.15.5 ET y la DA 15ª ET, que prevén la fijeza por acumulación de contratos temporales³⁸.

5º. La reformulación de la “tasa de reposición de efectivos”

El problema originado por la temporalidad en España no se deriva, en exclusiva, de la tasa de reposición de efectivos, sino de otros muchos factores, pero ha sido un elemento profundamente distorsionador en el empleo público.

Dado que la Ley 22/2021 de Presupuestos para el 2022 continúa manteniendo la tasa –aunque mucho más generosa que la existente en periodos anteriores– y que incluso la reforma laboral ha incorporado una tasa en su DA 4ª RD-ley 32/2021 –con carácter permanente pero indeterminada y discrecional, pues depende caso por caso de una petición de la Administración y de la autorización del Ministerio–, es evidente que esta “institución” jurídica y de gestión no parece que vaya a desaparecer el sistema del empleo público, pese a que el EBEP nada indica al respecto.

Sorprende, en este sentido, que una norma laboral como el RD-ley 32/2021 incorpora una tasa –permanente en el tiempo–, que la Ley de Presupuestos del Estado cada año se refiere a las tasas aplicables y, por el contrario, el EBEP nada

³⁸ Es recomendable la lectura al respecto del artículo de Rodríguez Escanciano, S. y Fernández Domínguez, JJ: “Bolsas de trabajo y Administración pública: problemas jurídicos”. Actualidad Laboral, núm.21, 2006, pp.2559-2577. Para un supuesto específico, pero con interés para otras Administraciones, vid. Gómez Álvarez, T: “Las bolsas de trabajo de la Administración Pública de la Junta de Andalucía”, Temas Laborales, núm.80, 2005, pp.95-120.

indica al respecto, en ningún precepto ni la incorpora en los criterios que la Ley 20/2021 impone de convocar plazas en unos plazos fijos –con independencia de los procesos de estabilización–. Esto es, más allá de la tasa del RD-ley 32/2021, se trata de un concepto fundamentalmente presupuestario pero con una incidencia determinante en las políticas selectivas.

En todo caso, las críticas a las tasas de reposición son comunes entre la doctrina teórica pero también por parte de los gestores públicos, habiendo sido definidas como un “instrumento del pasado”³⁹.

El otro elemento es que el concepto y su configuración debería ser estable, de tal manera que cada año no se modifique la fórmula de cómputo –como ha sucedido con la promoción interna o los indefinidos no fijos–. Así, ha acontecido una evolución sobre lo que se incorpora o no en la tasa, que cada año se modifica, lo que implica una inseguridad en la gestión de recursos humanos. Y todo ello sin olvidar la existencia de una nueva tasa de reposición ya mencionada, para incorporar personal laboral fijo o personal fijo discontinuo, que debe ser solicitada por la Administración y decidida –discrecionalmente, parece– por el Ministerio de Hacienda y Función Pública (DA 4ª RD-ley 32/2021).

Igualmente, consideramos que de mantenerse las tasas sería necesario tener tres consideraciones previas a modo de reflexión.

En primer término, resolver si la tasa de reposición debe tener en cuenta o no las jubilaciones. En el periodo comprendido entre 2022 y 2032 se jubilarán en España en torno a un millón de empleados, esto es casi el 30 por ciento de todos los efectivos de las Administraciones, un proceso que seguirá a partir de esa fecha, por supuesto. Creemos que sería preciso que, tras una valoración objetiva sobre si la plaza debe pervivir tras el empleado jubilado y constatada su necesidad –lo cual no siempre acontece, por la evolución de la Administración y de la sociedad–, sería preciso que no fuera la tasa la que limitara año tras año la sustitución de los empleados jubilados por nuevos empleados fijos. Esto es, que la incorporación de personal fijo por plazas vacantes por jubilación no se vincule al cálculo de la tasa de reposición, pues es incongruente en una política de recursos humanos proactiva.

En segundo lugar, debería desconectarse la tasa de reposición de la creación de nuevas plazas. En el modelo actual, si una Administración crea plazas nuevas por las razones justificadas que correspondan, no debería quedar vinculada la incorporación de personal fijo a la existencia o no de opciones derivadas de la tasa. Es cierto que ello no sucede así porque hay un prejuicio del legislador sobre la expansión de las plantillas, en especial en el ámbito local y autonómico, pero es evidente también que ello puede dar como resultado que las plazas se creen y se

³⁹ Jiménez Asensio, R: “Doce tesis...”, ob.cit.

provean por personal temporal o interino, dado que en este supuesto no actúa la tasa de reposición, pero genera un problema hacia el futuro acumulativo.

Finalmente, la tasa de reposición lleva incorporada en su propio concepto la perversión del sistema, pues sólo tiene efectos hacia el pasado. La tasa, hoy por hoy, observa al pasado pero no prevé el futuro, pues tiene en cuenta las vacantes acaecidas en el año presupuestario anterior al de su aprobación. No existe una tasa *ad futurum*, aunque se conozca perfectamente el número de empleados que en los próximos meses y años causarán baja, generalmente por jubilación. Ello significa que no hay norma en el sistema español que prevea cómo reaccionar ante el millón de empleados que se jubilarán entre el periodo 2022-2032. La solución ante esta marcha de empleados será, a buen seguro, incorporar nuevo personal temporal o interino y, de nuevo, mantener el problema que la Ley 20/2021 desea dar por finalizado.

Sin tener en cuenta estas tres reglas bien simples, la tasa de reposición deviene –y lo será de nuevo en el futuro– en un instrumento “tóxico” en la gestión de los recursos humanos, pues no aporta nada positivo y sí supone incrementar el personal temporal e interino y evitar procesos de selección con una cadencia normalizada.

Entendemos que debe darse capacidad de gestión hacia el futuro a las Administraciones, de tal manera que cuanto menos tengan la capacidad de reponer con carácter fijo, de entrada, a las jubilaciones o bajas ya previstas en los próximos dos o tres años, así como también las plazas de nueva creación para prestar servicios o actividades que son nuevas o van surgiendo de manera lógica en una Administración en cambio permanente. Eso requeriría un cambio radical de modelo, que sólo puede pasar por normalizar la temporalidad como un paso previo a la fijeza o bien permitir a la Administración convocar plazas vacantes pero también plazas que pueden quedar vacantes, con el compromiso de que las personas que superen el proceso tendrán derecho a incorporarse cuando la necesidad acontezca.

6º. Ofertas de Empleo Público de obligada aprobación y ejecución en los plazos del EBEP

Es una práctica relativamente habitual que muchas Administraciones –especialmente, en el mundo local– no han aprovechado las posibilidades que la tasa de reposición, año tras años les ofrecía, y por tanto o bien no han aprobado Ofertas de Empleo público o incluso, no han aprovechado las posibilidades de estabilización de la Ley de Presupuestos del 2017 y 2018. De hecho, durante el periodo 2017-2021 en muchos supuestos no se aprobaron Ofertas y convocatorias de estabilización y por ello la Ley 20/2021 intenta recuperarlas, en un último intento, reconduciéndolas al procedimiento que prevé la nueva norma.

La inacción ha acontecido por multitud de motivos y no siempre por responsabilidad de la Administración, aunque en todos los casos ha sido copartícipe al aceptar peticiones de demora o no aprobación para no perjudicar al personal interino que ocupaba las plazas que podían ser convocadas. Prueba de ello son las prórrogas a los plazos finales de la Ley de 2017 y 2018, hasta el punto que se fijó uno de nuevo hasta el 31 de diciembre de 2021.

Esta polémica se reproduce de nuevo con la Ley 20/2021, cuestionando elementos nucleares de las misma: la incorporación de todas las plazas o no, qué se considera y que no como plaza estructural, si debe recurrirse obligatoriamente o no al concurso de méritos de las DA 6ª y 8ª o las fórmulas del concurso-oposición del art.2. Incluso se ha planteado que acontecería si la Administración entra en inacción y no aprueba antes del 1 de junio las Ofertas de Empleo Público de estabilización, cómo fórmula torticera de saltar la finalidad de la Ley 20/2021.

En este sentido y más allá de la opción personal o política como hemos tenido ocasión de plantear en otras ocasiones la redacción de la ley 20/2021 nos parece clara y sin fisuras: si la Ley permite la opción de aprobar Ofertas de Empleo Público o bien procesos de estabilización, deben aprobarse y ejecutarse obligatoriamente, pues el objetivo final es lograr una tasa de temporalidad inferior al 8 por ciento a finales del 2024.

Sin embargo, encontramos a faltar vías de compulsión por parte del Estado o de las Comunidades Autónomas para asumir esta inacción y proceder a la convocatoria si la Administración –generalmente, en el ámbito local– obligada no actúa y prueba de ello es que no hay una norma que suponga una sanción a esta hipotética inacción o, lo que es más posible, que no se incluyan todas las plazas que el art.2 de la Ley 20/2021 permite, pues en algunos supuestos el debate sobre qué es y no es estructural no tiene fácil resolución, aunque sí existan vías de impugnación individuales, como cuestionar en vía administrativa y judicial las Ofertas de Empleo que se aprueben y no incorporen las plazas que deben incluirse.

Cuestión distinta es si el modelo de solución del problema de la Ley 20/2021 de 28 diciembre supera el juicio de constitucionalidad en algunos de sus elementos y ello, como hemos señalado, es una de las debilidades más significativas de la Ley. Los antecedentes de la jurisprudencia constitucional nos permiten aventurar dificultades a algunos de los procesos que puedan aprobarse, en base a la ambigüedad de cómo articular el concurso oposición o el concurso de méritos.

7º. La necesidad de regular jurídicamente al “trabajador indefinido no fijo”

La figura del trabajador indefinido no fijo es fruto de la creación jurisprudencial en 1996, a través de la STS de 7 de octubre de 1996 y consolidada luego con las muy conocidas STS de 20 y 21 de enero de 1998 y así ha seguido hasta el año 2022,

y parece se mantendrá en el futuro. Una figura jurisprudencial que acumula más de un cuarto de siglo y que es un compendio de dificultades interpretativas⁴⁰.

Llegados a 2022, la figura *ad hoc*, de estricta creación jurisprudencial, alcanza más de un cuarto de siglo de virtualidad y su estudio ha merecido muchos diversos análisis, pero la constante jurisprudencia que recae conlleva una gran inseguridad jurídica, hasta el punto que se cuestiona si un indefinido no fijo por sentencia judicial debe incorporarse o no en el proceso de estabilización.

Además, la figura ha evolucionado en muchos elementos, pasando de una extinción no indemnizada (2002) hasta su reconocimiento, como también la posibilidad del derecho a la promoción interna y otros derechos vinculados a su condición de no fijeza, de igual manera que se han ampliado los derechos de los trabajadores temporales. Pese a que se formulan muchas críticas a la figura, por su inseguridad, también ha encontrado elogios, por algunas consecuencias positivas: la correcta calificación de que el contrato de trabajo indefinido no es fijo y el fortalecimiento del principio de estabilidad en el empleo, evitando que contratados temporales se transformen en fijos de manera automática⁴¹.

Sin embargo el EBEP no resolvió el problema y tampoco la normativa posterior hasta llegar al 2022. Ni tan siquiera los arts. 8 y 11 que señalan que el personal laboral puede ser fijo, indefinido y temporal se refiere expresamente a este tipo de personal, sino al personal de los centros públicos en la asignatura de religión⁴².

Han sido normas posteriores las que han incorporado esta expresión, como las leyes de Presupuestos Generales del Estado al regular la tasa de reposición de efectivos. Significativamente, se da por hecho el concepto, pero no hay norma específica laboral o administrativa que lo defina, por lo que debe recurrirse de nuevo a la jurisprudencia. Y ello conduce a una gran inseguridad jurídica y continúa en constante evolución, especialmente a través de la doctrina europea del TJUE, que en gran medida –pero siempre– asume el Tribunal Supremo.

⁴⁰ Entre las más recientes y más completas monografías, vid. Beltrán de Heredia, I: “Los indefinidos no fijos: una figura en la encrucijada”. Editorial Bomarzo. 2021.

⁴¹ Cantero Martínez, J. y Jiménez Asensio, R: “La temporalidad enquistada en el empleo público: la temporalidad futura como problema institucional”. www.hayderecho.com; 6 de julio de 2021.

⁴² El concepto “indefinido” fue incluido en el trámite del Senado por dos enmiendas del PNV para incorporar al ámbito del EBEP al personal de la asignatura de religión de los centros públicos. Poco después se reguló por el Real Decreto la relación laboral especial de este tipo de empleados. Pese a ello, no son pocos los autores e incluso sentencias que indican que el EBEP incorporó la figura del indefinido no fijo, pero en absoluto fue la voluntad del legislador del Estatuto Básico.

La clave de esta figura es que son un número de empleados difícil de cuantificar habida cuenta la imposibilidad de que la Administración los reconozca de oficio, dificultad que se ha incrementado tras la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que el interino laboral en plaza vacante que supera el plazo de tres años se transforma en indefinido no fijo

Al respecto, y sin perjuicio de su condición jurídica, todas las normas de estabilización que se aprueben deberían instituir la obligación –no la voluntariedad– de incorporar a los trabajadores indefinidos no fijos, sin perjuicio de cómo se resuelvan las cuestiones prejudiciales que durante los últimos meses se han planteado ante el TJUE sobre si tal figura debe pervivir. Por lo demás, debería superarse la previsión de la ley de presupuestos del 2017 y 2018 –que continúa vigente– que sólo es indefinido no fijo el que ha sido declarado así por sentencia judicial firme. Debe ampliarse la posibilidad a la Inspección de Trabajo y, también, de manera excepcional, a la propia Administración causante del nacimiento de tal figura, si se cumplen escrupulosamente las reglas que la jurisprudencia ha fijado para estos supuestos.

La mejor solución sería, sin duda, que la propia Ley establezca los criterios para determinar quién es y quien no es indefinido no fijo, una medida que comportaría olvidos, pero otorgaría seguridad jurídica a los gestores públicos en muchos supuestos –de entrada, los interinos en plaza vacantes que superan los tres años– que deberán gestionar procesos de estabilización.

Si bien esta última posición de la posible auto declaración no es compartida por gran parte de la doctrina administrativista, lo cierto es que tal pureza legalista conlleva a un resultado desconcertante en el plano de la seguridad jurídica: la existencia *de facto* de miles de indefinidos no fijos porque así lo considera *ex lege* la legislación o la jurisprudencia y sin opciones por parte de la Administración de reconocer tal condición y creando una ficción de que se trata de empleados temporales, pese a que legal o jurisprudencialmente no lo son y evitar judicializar la solución, dado que sólo a través de una sentencia se da seguridad jurídica al empleado y al ente público, cuanto menos con la normativa actual derivada de la Ley 6/2018.

8°. Las responsabilidades derivadas del incumplimiento de plazos de duración de la interinidad funcional y de los contratos laborales temporales

La medida no es novedosa, pues las leyes de presupuestos la han incorporado en los últimos años en cuanto a los contratos temporales. De manera clara se añadió con carácter permanente en la ley de presupuestos de 2017 y 2018. Esta última (Ley 6/2018) mantiene su vigencia con carácter indefinido en cuanto a las reglas de responsabilidades administrativas y de prohibición de auto declarar el carácter indefinido no fijo y derivando sólo la posibilidad a una sentencia judicial firme.

No obstante, fueron previsiones dirigidas al personal laboral temporal y en ningún caso, al funcionariado interino. De ahí la importancia de la DA 17ª del RD-ley 14/2021 que se ha mantenido en la Ley 20/2021, que se incorporan ambos colectivos.

La norma establece que los nombramientos de funcionarios interinos o contratos temporales que incurren en irregularidad en cuanto a su duración, instituyendo una “compensación” de veinte días por año trabajado con un máximo de doce mensualidades. Esta norma adolece de las dificultades aplicativas antes mencionadas, pues supone el reconocimiento de una irregularidad administrativa. En este sentido, creemos que la DA 17ª puede derivar en poco práctica y de aplicación sólo tras sentencia judicial, caso a caso.

Sin embargo, se añade un elemento más, cual es que todo tipo de compensación económica conduce a un incremento del gasto público. A diferencia del sector privado, este entramado de compensaciones que prevé la norma recae en el presupuesto público. Y si bien para razonable –y conforme a la normativa europea– que hay que establecer medidas suficientemente desincentivadoras del exceso de temporalidad, lo cierto es que hacer recaer el “castigo” en el Presupuesto público supone jugar con “pólvora de rey”.

9º. La profesionalización de la selección del empleo público temporal y la aprobación de un marco jurídico solvente aplicable como mínimos a todas las Administraciones

Nos hacemos eco, en este sentido, de las medidas propuestas más recientemente en relación a los procesos de selección de personal temporal y que en parte hemos tratado en los puntos anteriores. Se centraría en las bolsas de trabajo, en las pruebas a superar y los criterios a establecerse. En concreto, apostamos, como ha hecho el “Informe del grupo de estudio y propuesta” para la Generalitat Valenciana⁴³, que se haga hincapié en los siguientes elementos:

- a) profesionalizar de manera absoluta los órganos de selección del personal temporal e interino y, por supuesto, de las bolsas de trabajo. Órganos que deben estar conformados por profesionales que actúen a nivel estrictamente personal y no en nombre –formal o encubierto– de una organización, colegio profesional, sindicato o grupo de intereses.
- b) creación de bolsas de trabajo derivadas de procesos de selección para empleo fijo, con una doble lista de candidatos: los que no són eliminados pero no

⁴³ “Informe del grupo de trabajo de estudios y propuesta de medidas para la innovación en los procesos de selección de personal al servicio de la Administración de la Generalitat” (valenciana). Conselleria de Justícia, Interior i Administració Pública. Noviembre, 2021.

- obtienen plaza y los que, sin superar todas las pruebas, hayan acreditado un determinado nivel de conocimientos para optar a un empleo temporal.
- c) que los procesos específicos de selección de personal temporal para una o diversas plazas vacantes incorporen una prueba de conocimientos y que además, los plazos de ejecución del proceso estén tasados y no se prolonguen indefinidamente en el tiempo, de tal forma que este transcurrir de los meses desincentive a los candidatos, que al final en gran porcentaje no se presentan a las pruebas.
 - d) fijar unos términos de caducidad de las bolsas de trabajo de tal manera que entre la selección y la incorporación del empleado interino no haya transcurrido un tiempo tal que pueda quedar desvirtuado el conocimiento y el merito que en su momento acreditaron.

10º. Hacia una nueva concepción de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público

Vamos a finalizar este documento con unas breves referencias a los principios de igualdad, mérito y capacidad, siguiendo en este sentido los criterios que ya defendimos al analizar el RD-ley 14/2021⁴⁴.

Estos principios se aplican tanto al personal permanente como al temporal, si bien es cierto que son menos exigentes para adquirir la condición de empleado no permanente

En primer término, deberíamos definir y situar los conceptos de igualdad, mérito y capacidad en una Administración de la tercera década del siglo XXI. Ello obligaría a “repensar” la selección de los empleados⁴⁵ y reflexionar sobre si el sistema selectivo “clásico” es el más adecuado en la Administración actual.

Es evidente que los principios de igualdad, mérito y capacidad no pueden soslayarse, porque el carácter público de las entidades se aleja del modelo privado y porque no parece –salvo excepciones– que modelos alejados de nuestra cultura pública pueden ser incorporados a nuestro sistema. Sin embargo en el ámbito continental europeo se han aplicado sistemas exitosos de acceso al empleo público que pueden ser buenos referentes para incorporar al sistema español.

Por otro lado, los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución fueron una conquista del nuevo sistema democrática, que rompía con la forma y la sustancia de la dictadura franquista. Así, con la Constitución los principios mencionados

⁴⁴ Boltaina Bosch, X: “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización...”, ob.cit.

⁴⁵ Jiménez Asensio, R: “Repensar la selección de empleados públicos. Momento actual y retos de futuro”. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, núm.extraord.2, 2018.

pasaron a ser derechos fundamentales de protección máxima y la jurisprudencia constitucional así lo ha sancionado.

Sin embargo, consideramos que el mérito y la capacidad exigida para acceder a empleo público deben articularse de manera distinta a lo que se definió en los años 80 y 90 del siglo XX. En aquél momento el rigor de aprobar una Oferta de Empleo, ejecutarla en un plazo tasado, aprobar y publicar unos temarios e instituir la oposición o el concurso-oposición fueron elementos sin duda positivos para no sólo democratizar el empleo público sino también para otorgar seguridad jurídica a la ciudadanía.

Para tras más de cuarenta años, el modelo se nos antoja agotado. En este sentido, creemos que hay elementos que podrían ser tenidos en cuenta en un posible cambio futuro que evitara, entre otras consecuencias, reproducir el problema que la Ley 20/2021 intenta corregir. En concreto:

- a) reformular el contenido del concurso-oposición o del concurso, así como también replantear en qué circunstancias debe emplearse exclusivamente la oposición, evitando que ésta se concentre en el acceso a Cuerpos de la mal llamada “élite” funcional que supone una clara disfunción de los aspirantes que optan, que pueden permitirse largos periodos de estudio sin necesidad de trabajar.
- b) incorporar los modelos del derecho comparado, en algunos supuestos muy exitosos, a los sistemas de selección en España, evitando permanecer anclados en pruebas memorísticas o de conocimientos que escasamente acreditan la capacidad en una realidad en permanente cambio, aunque sin obviar esa necesidad de conocimientos, que siguen siendo imprescindibles junto a otras variables.
- c) establecer que el mérito y la capacidad sea exigible no sólo en el acceso sino también a lo largo de la vida laboral del empleado público, lo que supondría incorporar la evaluación del desempeño de una manera realista y firme y no en un simple trámite anual que evita el conflicto pero no aporta nada al servicio público, y muy posiblemente también poner en cuestión la noción de “empleo de por vida”, a fin de romper el vínculo cuando el empleado “permanente” no supera estas evaluaciones con reiteración.
- d) insertar la selección del personal temporal como una fase, previa e importante, del proceso de selección en el camino al personal permanente. En este sentido, hemos apostado por la posibilidad de generalizar el acceso al empleo público, especialmente en los grupos A1 y A2, aunque también en grupos inferiores a través de fórmulas de temporalidad y procesos posteriores de aprendizaje, trabajo y evaluación y la sucesiva superación de pruebas y demostración de conocimientos, méritos, habilidades y competencias para lograr, al final de un recorrido –no siempre corto– ingresar de manera estable o decaer el nombramiento.

- e) trasladar el coste del acceso al empleo público del ciudadano a la Administración. Se trata de un elemento a nuestro entender clave, que a menudo es olvidado en los estudios y libros blancos que se aprueban al respecto.

Si bien en los niveles inferiores de C2 y C1 –auxiliares, administrativos– ese coste puede ser asumible, lo cierto es que en los grupos y subgrupos A1 y A2 implica que los candidatos deben hacer frente a largos procesos de preparación, en ocasiones de muchos años, especialmente para acceder a los mal llamados “cuerpos de élite”.

Difícilmente la función pública que la conforma –inspección de finanzas, judicatura y fiscalía, notariado, registros de la propiedad, etc.– se nutrirán de los mejores candidatos si para ello la red de cobertura durante los tres o cuatro años mínimos necesarios para preparar el proceso selectivo recae exclusivamente en el aspirante, lo que deriva que sólo determinadas clases sociales puedan permitírselo, y por lo general, los hijos de familias que pueden sustentarlos, con el riesgo –por lo demás– que al finalizar ese periodo se sustancie un fracaso y jóvenes sin experiencia profesional se sitúan en las franjas de 28-30 años, lo que aún desincentiva mucho más a los candidatos de las clases medias.

- f) Finalmente, reflexionar sobre cómo hacer más atractiva la función pública, en un proceso de alejamiento progresivo que la sociedad ha tenido en relación a acceder a la condición de empleado público, visto más como una solución de “trabajo de por vida” que como un servicio público y de compromiso.

En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha exigido en ningún momento la conversión de los empleados temporales en funcionarios de carrera o laborales fijos sin proceso de selección que no cumpla los requisitos de igualdad, mérito y capacidad. Si ello fuese así, como se pretende desde determinados ámbitos –incluidos jurídicos– supondría devaluar aún más el valor del empleo público, “dando cobertura a posibles comportamientos arbitrarios, nepóticos o clientelares de la Administración (...)”⁴⁶.

Compartimos el criterio de que el legislador español debe buscar respuestas que sean eficaces para evitar el abuso y sancionarlo y que sean compatibles con los principios que rigen el modelo constitucional de acceso al empleo público en España, pero sin ubicarlo exclusivamente en una “sanción” económica que recae, en último extremo, en los presupuestos y el gasto público al que coadyuvan todos los ciudadanos.

⁴⁶ Cantero Martínez, J: “Los principios constitucionales rectores del empleo público no se negocian: a propósito de los interinos”, documento de 29 de julio de 2021; www.hayderecho.com