



INFORME DE FECHA 22 DE JUNIO DE 2022

SOBRE EL ALCANCE DE LA LEY 20/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO, Y SU AFECTACIÓN RESPECTO DEL PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO RECONOCIDO ASÍ POR SENTENCIA JUDICIAL

1. ANTECEDENTES Y ANÁLISIS DE SITUACIÓN.

El pasado 29 de diciembre de 2021 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (en adelante, Ley 20/2021), que convalida el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, tras el sometimiento al trámite parlamentario correspondiente.

La norma introduce, sin duda, importantes y novedosas reformas que vienen a paliar el alto índice de temporalidad existente en las administraciones, al tiempo que intenta ser mecanismo útil, aunque no suficiente, para combatir el abuso en la temporalidad ilícita, de acuerdo con los reiterados mandatos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Señala el preámbulo de la Ley 20/2021 que, *si bien una tasa de temporalidad es necesaria e inherente a cualquier organización, no lo es cuando deviene en estructural y supone en algunos sectores de la Administración tasas cercanas al cincuenta por ciento de su personal.*

En este sentido, hace referencia a la importancia de la Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el contrato de duración determinada, (en adelante, el Acuerdo Marco), el cual destaca en su preámbulo la preeminencia de la contratación indefinida como «forma más común de relación laboral» y persigue dos grandes objetivos:

- Por una parte, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación y,
- Por otra, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Así, se indica en el preámbulo de la norma que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha insistido en que la determinación del abuso corresponde a los jueces nacionales y que la aplicación de las soluciones efectivas y disuasorias dependen del Derecho nacional, instando a las autoridades nacionales a adoptar medidas efectivas y adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar un eventual uso abusivo de la temporalidad.

De esta forma, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, PRTR), ya evaluado favorablemente por la Comisión Europea en la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo, de 22 de junio de 2021, relativa a la aprobación de la evaluación del citado Plan, contempló en su componente 11, relativo a la Modernización de las Administraciones Públicas, la reforma referida a la reducción de la temporalidad en el empleo público, con el objetivo de reducir la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8%.

Con ello, la referida Ley 20/2021, conforme a su preámbulo, supone *cumplir con el hito contenido en el PRTR, así como cumplir con el compromiso con la Comisión Europea de aprobar las reformas estructurales en el ámbito del empleo público necesarias para el primer semestre de 2021.*

A este objeto, la norma ha introducido distintos mecanismos con el objetivo de posibilitar la estabilización de plazas estructurales ocupadas de forma temporal durante determinados periodos de tiempo, facilitando, en la medida de lo constitucionalmente posible, el acceso a las mismas por parte del personal que en la actualidad venía ocupándolas.

Así, debemos hacer notar que, mientras se encontraba en fase de revisión el presente informe, se publicó el Decreto 91/2022, de 31 de mayo, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General de la Junta de Andalucía para el año 2022, convocando un total de 2.411 plazas, de las que 155 corresponden a personal funcionario y 2.256 a personal laboral, de las cuales 821 corresponden a personal indefinido no fijo declarado por sentencia judicial.

Señala así el Preámbulo de la norma que, *en cumplimiento de lo previsto en el artículo 59 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 4/2017, de 25 septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, así como en el Decreto 93/2006, de 9 de mayo, por el que se regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía, con la citada Oferta se establece una reserva de plazas no inferior al 10% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad.*

En este sentido, debe señalarse que la Secretaría de Estado de Función Pública, publicó el pasado 1 de abril de 2022 una Resolución sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad, con algunos criterios orientadores, que no vinculantes, que exigen igualmente un análisis más detenido por nuestra parte del alcance de la norma.

2. OBJETO.

Con los antecedentes expuestos, constituye el objeto del presente Informe el análisis de los siguientes extremos:

- La referencia a la inclusión o no del personal laboral indefinido no fijo en el ámbito subjetivo de la Ley 20/2021, aun cuando el Decreto 91/2022 ya lo contempla.
- En coherencia de lo anterior, qué colectivos pueden ser objeto de concurso de traslado a la luz de la Ley 20/2021, diferenciando aquellas

situaciones incluidas en el artículo 2.1 de la norma y aquellas incluidas en las disposiciones adicionales sexta y octava.

- La baremación de los concursos de méritos a los que se refieren las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava de la Ley 20/2021.
- La posibilidad o no de incluir en la reserva de plazas para personas con discapacidad aquellas relativas a las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava de la Ley 20/2021.
- Los plazos en los que deben articularse los procesos de estabilización que se recogen en la norma y las responsabilidades que se podrían generar ante la pasividad de la administración.

3. ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

A. Sobre los procesos de estabilización de empleo temporal que se recogen en la Ley 20/2021.

La Ley 20/2021 contempla dos procesos de estabilización de empleo temporal diferenciados:

- Por un lado, un tercer proceso de estabilización, que es adicional a los contemplados en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los años 2017 y 2018, que no es otro que el recogido en el artículo 2 de la norma.
- Por otro lado, los procesos excepcionales de estabilización que se contemplan en las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava de la norma.

Vamos a analizar a continuación cada uno de estos procesos al objeto de vislumbrar distintas cuestiones que afectan al colectivo de laborales indefinidos reconocidos por Sentencia, tales como la procedencia de la inclusión en los procesos de estabilización, la imposibilidad de sacar estas plazas mediante concursos de traslados o la baremación y la reserva de plazas para discapacidad.

I. Proceso de estabilización de empleo temporal del artículo 2 de la Ley 20/2021.

En primer lugar, el artículo 2 de la Ley 20/2021 recoge un tercer proceso de estabilización de empleo público adicional a los procesos de estabilización que regularon los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

En efecto, señala el artículo 2.1 de la norma lo que sigue:

1. *Adicionalmente a lo establecido en los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el*

año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, **se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal** que incluirá las **plazas de naturaleza estructural** que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando **dotadas presupuestariamente**, hayan estado **ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.**

Se trata, al igual que ocurría con los artículos 19 de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, de **una posibilidad** que tienen las Administraciones de utilizar una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal, sin que computen dentro de la tasa de reposición, y que pueden incluir las plazas que reúnan las siguientes características:

- **Plazas de naturaleza estructural.** Hace referencia a plazas relativa a servicios y funciones que entren dentro del funcionamiento o de los servicios que son prestados ordinariamente por la Administración, y que no respondan a circunstancias coyunturales o excepcionales.
- **Dotadas presupuestariamente:** en concreto, todas aquellas plazas que vengán siendo ocupadas en la actualidad, en tanto las mismas se encuentran dotadas presupuestariamente, podrían incluirse.
- **Ocupadas temporal e ininterrumpidamente** antes del 1 enero de 2018: aquí debemos analizar dos conceptos: temporal e ininterrumpido.

Por "temporal" hace referencia la norma a que las mismas vengán siendo ocupadas por cualquiera de las formas de contratación temporal existentes, que, conforme al artículo 8 y 11 del Estatuto Básico del Empleado Público, podrían ser:

- o Funcionarios interinos.
- o Personal laboral temporal conforme a cualquiera de las formas de contratación temporal reconocidas actualmente por la legislación laboral: antiguo contrato de obra y servicio o eventual, actuales contratos de circunstancias de la producción o el propio contrato laboral de interinidad.
- o Personal indefinido no fijo: aunque nos detendremos en él más adelante, ya avanzamos que, en efecto, en tanto vínculo equiparado al personal temporal, también se incluiría.

Por "ininterrumpido", si bien la Secretaría de Estado de Función Pública señala que, a los efectos de la estabilización, *los periodos de tiempo en los que la plaza haya estado vacante como consecuencia de la necesidad de llevar a cabo los trámites administrativos correspondientes derivados del nombramiento o contratación de nuevo personal interino*

o laboral temporal tras el cese del anterior, no suponen interrupción, siempre que la plaza vuelva a ocuparse efectivamente en un plazo no superior a tres meses, debemos señalar que ello no quiere decir que sea el único supuesto en el que deba entenderse que no ha existido interrupción.

Este concepto se debe poner en relación con la doctrina de la "unidad esencial del vínculo" que se ha desarrollado en la jurisdicción social, y que surge en interpretación del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, cuando señala que a la improcedencia del despido le seguirá la obligación de indemnizar con una cuantía equivalente a 33 días por año de servicio, de forma que esta teoría venía a despejar las dudas existentes en cuanto a la antigüedad a considerar a un trabajador que hubiera ocupado distintos contratos temporales con interrupciones entre unos y otros.

En este sentido, nuestros tribunales habían intentado dar respuesta a la cuestión referente al día exacto a partir del cual debía computar la antigüedad de un trabajador despedido, dentro de un marco laboral en el que se encadenaba una sucesión de contratos.

Así, el **Tribunal Supremo, en Sentencias de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999/4414) y 16 abril de 1999 (RJ 1999/4424)**, estableció lo siguiente:

*El tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores sobre la indemnización de despido improcedente **debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de esta.***

Esta doctrina, en definitiva, establece que, en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente como así se sentó por el **Tribunal Supremo en Sentencias de 29 septiembre de 1999 (RJ 1999/7540), 15 de febrero de 2000 (RJ 2000/2040) o 4 de julio de 2006 (RJ 2006/6419).**

Lo anterior, independientemente de que se haya producido alguna interrupción que, dentro del marco temporal en que se encuadre la relación laboral no pueda suponer, por su escasez en relación con dicho marco temporal, elemento relevante que suponga ruptura de la unidad esencial del vínculo laboral.

En definitiva, nuestro alto tribunal ha establecido que, el hecho de que se produzca una interrupción del vínculo laboral que une a un empleado con una empresa puede no suponer la ruptura de dicho vínculo, si la interrupción, en relación con el marco temporal global de la relación laboral, es insignificante.

Para aclarar este concepto, debemos retomar la idea de solución de continuidad significativa que se expusiera por las **Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999 y 16 abril de 1999 anteriormente citadas**, para entender cuándo podemos concluir que el vínculo laboral se ha roto y cuándo no, y ello, debe extrapolarse sin ninguna duda a la aplicación de la Ley 20/2021, para determinar qué plazas deben incluirse en estos procesos y cuáles no.

Para ello, debemos debemos mencionar la **Sentencia del Tribunal Supremo, 8 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5895)**, en la que se concluye que, en aplicación de la teoría de la unidad esencial de vínculo contractual, y aunque se hubieran producido hasta dos interrupciones contractuales, **primero de algo más de tres meses** y después de **más de uno**, habida cuenta de que se trata de 14 años de prestación de servicios, no suponían ruptura de dicho vínculo.

En concreto, la sentencia expresaba lo siguiente:

3.- Las precedentes consideraciones nos llevan a acoger el recurso de la trabajadora, como muy razonadamente informa el Ministerio Fiscal, habida cuenta de que nos hallamos en presencia de seis años de servicios prestados a virtud de contratación fraudulenta por parte de un Ayuntamiento [aquietado a tal pronunciamiento de la recurrida], en tanto que dirigida a satisfacer una actividad habitual y ordinaria del mismo, y que ni tan siquiera -la actividad- se acreditó concluida en la fecha del cese de la trabajadora, la cual -por otra parte- ya había adquirido en todo caso la cualidad de indefinida de la Corporación municipal, a virtud de las previsiones contenidas en el art. 15.5 ET respecto de la duración de las contrataciones temporales, «con o sin solución de continuidad»; **acusada prolongación en el tiempo de una situación ilegal, que minora la relevancia de las dos interrupciones contractuales acaecidas, primero de algo más de tres meses y después de uno solo.**

La cuestión queda, a la vista de los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, del siguiente modo:

- (i) La relación laboral entre empleado y el empleador se encuadra en un marco temporal que cobra relevancia cuando el mismo se extiende por plazos amplios en el tiempo.
- (ii) Una interrupción por período de tiempo que, en comparación con el marco global total de la relación laboral sea escaso, no supone ruptura del vínculo laboral que unía a las partes.

Por tanto, **no sólo el supuesto que recoge la Secretaría de Estado de Función Pública no implicaría la interrupción de la plaza, sino cualquiera otra interrupción que, atendiendo a la totalidad de la relación laboral, no se pueda calificar como relevante o significativa.**

En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2017 (RJ 2017/2922)** avaló la continuidad del vínculo de una relación laboral que se había visto interrumpida hasta en **dos ocasiones**, con un total de **cinco meses**, siendo el marco temporal global de 14 años.

Estos son los requisitos que deben incluir las plazas para que puedan salir a concurso mediante el proceso de estabilización de empleo temporal que se contempla en el artículo 2 de la norma.

En cuanto al proceso selectivo que articularía estos procesos, se encuentran recogidos en el apartado 4 del artículo 2, cuando señala:

La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y entidades locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas en el desarrollo de los mismos en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público.

Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Esto es, el sistema de selección de estos procesos será el de **concurso oposición**, siendo la **fase de concurso** valorada hasta con un **40% de la puntuación total**, y en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el puesto.

II. Convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración.

Por otro lado, la norma incluye en su disposición adicional sexta un supuesto excepcional que se superpone a los procesos del artículo 2, y en los que se genera la obligatoriedad para la administración de convocar, en los plazos establecidos en el artículo 2, por el sistema selectivo de concurso de méritos, *aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1., hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad al 1 de enero de 2016.*

Esto es, la Disposición Adicional Sexta de la Ley 20/2021 señala:

Las Administraciones Públicas convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del TREBEP, **por el sistema de concurso**, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016.

Estos procesos, que se realizarán por una sola vez, podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales y respetarán, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma.

De tal forma que, a diferencia de lo que ocurre con el proceso que se habilita con el artículo 2, **este proceso no es opcional, sino que todas las Administraciones Públicas deben articular estos procesos excepcionales obligatoriamente, en los plazos que se recogen en el artículo 2 de la norma y que indicaremos posteriormente.**

Adicionalmente, debemos tener en cuenta que la Disposición Adicional Octava de la Ley 20/2021 amplía las características de las plazas que se deben incluir, obligatoriamente, en estos procesos excepcionales de estabilización de empleo temporal, señalando:

Adicionalmente, los procesos de estabilización contenidos en la disposición adicional sexta incluirán en sus convocatorias las **plazas vacantes de naturaleza estructural** ocupadas de forma **temporal por personal con una relación**, de esta naturaleza, **anterior al 1 de enero de 2016**.

Con esta disposición, se introducen en los procesos plazas que cumplan los siguientes requisitos, alguno de ellos ya comunes y otros novedosos:

- Plazas vacantes: se trata de un requisito que no se establece en las anteriores previsiones, pero realmente debemos entender por plazas "vacantes" todas aquellas que no tienen un titular definitivo, como por ejemplo sería el caso de los contratos de interinidad por sustitución. Sin embargo, el resto de los supuestos de ocupación temporal se entendería que la plaza se encuentra vacante.
- Naturaleza estructural: lo hemos descrito ya con anterioridad.
- Ocupadas de forma temporal: lo hemos descrito ya con anterioridad.
- Por personal con una relación anterior al 1 de enero de 2016: sin duda, es la novedad más destacada, en tanto ya aquí lo relevante no es desde cuándo viene siendo ocupada la plaza, sino desde cuándo la persona que la ocupa lleva vinculado con la Administración.

De tal forma que todas aquellas plazas que encajen en estos dos supuestos -los recogidos en las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava-, deben salir, obligatoriamente, antes del plazo fijado en el artículo 2 de la norma, mediante

el sistema selectivo de concurso de méritos, valorándose mayoritariamente la experiencia en el puesto de trabajo.

B. Sobre la inclusión o no del personal laboral indefinido no fijo en los procesos de estabilización del artículo 2 y de las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava de la Ley 20/2021.

Si bien la realidad es que, a la fecha de revisión del presente informe, la Administración de la Junta de Andalucía, a través del Decreto 91/2022, ya ha reconocido a los indefinidos no fijos reconocidos por Sentencia judicial, su inclusión en el ámbito de aplicación de la Ley 20/2021, aprovechamos para incidir en la naturaleza jurídica de esta figura de creación jurisprudencial, y su indudable inclusión en el ámbito de aplicación de las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava de la norma.

Así, debemos señalar que la jurisprudencia se ha encargado de abordar la naturaleza jurídica de aquel personal que, contratado de forma inicial mediante un contrato temporal, permanece en su puesto de trabajo por una duración superior a la permitida, o excede el contenido del objeto de su contrato de trabajo, o, en definitiva, se encuentra en una situación de “fraude de ley” derivada, entre otros, de supuestos de cesión ilegal de trabajadores o de laboralidad encubierta, dando lugar a la figura del indefinido no fijo.

Una figura que viene a contemplar la situación que se genera en aquellos supuestos de acceso o mantenimiento irregular en la Administración Pública, temporizando entre dos elementos contrapuestos: el derecho al trabajo y a la estabilidad de todos los trabajadores ex artículo 35 CE y el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad ex artículo 23 y 103 de nuestra Carta Magna.

La naturaleza jurídica del trabajador indefinido no fijo ha pasado por distintas fases:

- 1) Primera fase: se proclaman como contratos **sometidos a condición**, en tanto existe la obligación de la administración de la cobertura reglamentaria de la plaza o su extinción (sin indemnización). Se trataba de un régimen extensible a interinos por vacante. Por todas, **Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2002 [Rec. 2591/2001]**.
- 2) Segunda fase: en la que se califican como “**temporales**”, no sometidos a condición. En este sentido se pronuncia el **Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de junio de 2014 [Rec. 217/2013]**, mismo sentido que alcanza el **Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-86/2014)**.
- 3) Tercera fase: en la que se sostiene que no son temporales, siendo exponente de esta línea la **Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2017 [Rec. 1664/2015]**.

- 4) **Cuarta y última fase:** se vuelve a la consideración de “**temporales**”, a través de la **Sentencia de nuestro Alto Tribunal, núm. 352/2018, de 2 de abril de 2018 [Rec. 27/2017]**, en el caso del conflicto colectivo planteado por los trabajadores de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Junta de Andalucía sobre el derecho de los trabajadores indefinidos no fijos y eventuales *a participar en igualdad de condiciones que el personal fijo, y fijo discontinuo en los procesos de promoción y reclasificación profesional que la empresa lleve a cabo de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 del convenio colectivo de aplicación.*

En este mismo sentido, es especialmente relevante a estos efectos el reciente **Auto, de 26 de abril de 2022 (C-464/2021) dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea**, en el que ha contestado a dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, que venían a preguntar, resumidamente, si, a la luz del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, la figura del contrato “indefinido no fijo” se asemeja más al trabajador temporal o al indefinido, siendo la contestación dada por el Alto Tribunal Europeo la que sigue:

*Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que las cláusulas 2 y 3, punto 1, del Acuerdo Marco deben interpretarse en el sentido de que un trabajador que ha estado vinculado a su empleador del sector público mediante sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y cuya relación laboral puede convertirse, como sanción, en «indefinida no fija» está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo Marco» en «**indefinida no fija» está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo Marco.***

Así, y aunque parece que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sigue sin mojarse con absoluta rotundidad, no altera la consideración de “temporal” de la figura del “indefinido no fijo”.

Esta consideración de “temporales” no obsta a que, a efectos del reconocimiento de derechos laborales, y de “condiciones de empleo”, en los términos que utiliza la Directiva comunitaria, los mismos vienen igualados completamente a los trabajadores fijos, existiendo una importantísima evolución jurisprudencial en este sentido, a través de la cual se ha venido a reconocer, en las mismas condiciones que a los trabajadores fijos, derechos laborales como trienios, permisos, excedencias, etc.

Partiendo de lo anterior, **es evidente que los trabajadores con vínculos que hayan devenidos en “indefinidos no fijos”, bien reconocidos así por Sentencia judicial -indefinidos no fijos de derecho-, o, aunque no hayan sido así reconocidos aun, sean trabajadores en evidente fraude de ley -indefinidos no fijos de facto-, entran dentro del ámbito de aplicación de los procesos de estabilización tanto del artículo 2 de la norma como de sus disposiciones adicionales sexta y octava.**

Se trata de un extremo ya reconocido por la propia administración de la Junta de Andalucía cuando de las 2.411 plazas convocadas en los procesos de estabilización, ha reservado un total de 821 para el personal indefinido no fijo declarado por sentencia judicial. No obstante, debemos insistir en que la referencia, únicamente, al personal “declarado por sentencia judicial” no sería correcta, en tanto también deben incluirse el personal indefinido no fijo de hecho.

C. Sobre la compatibilidad de los procesos de estabilización con los concursos de traslado.

Tal y como ya se avanzó en la breve nota emitida por la Asociación el 16 de marzo de 2022, bien es cierto que el apartado 4 *in fine* del artículo 2 de la norma prevé la posibilidad de compatibilizar el tercer proceso de estabilización que se contempla en el artículo 2 con mecanismos de movilidad o de promoción interna, nada tiene que ver ello con las obligaciones que para la Administración imponen las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava, cuando señalan:

- Disposición Adicional Sexta:

Las Administraciones Públicas convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del TREBEP, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016.

Estos procesos, que se realizarán por una sola vez, podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales y respetarán, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma.

- Disposición Adicional Octava:

Adicionalmente, los procesos de estabilización contenidos en la disposición adicional sexta incluirán en sus convocatorias las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación, de esta naturaleza, anterior al 1 de enero de 2016.

Esto es, de la literalidad de la norma, pero también de su interpretación teleológica o finalista, se obtienen las siguientes conclusiones:

- i. Estas disposiciones con mandatos imperativos se encuentran absolutamente desconectadas de la posibilidad de abrir un tercer proceso de estabilización que contempla el artículo 2 de la misma norma.

- ii. La posibilidad compatibilizar procesos de movilidad y promoción interna con procesos de estabilización únicamente hace referencia al tercer proceso de estabilización que se abre con el artículo 2 de la Ley, pero en ningún caso con las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava, que, como decimos, se tratan de disposiciones imperativas y de obligado cumplimiento por parte de las Administraciones, y que vienen a exigir el inicio de un proceso inexcusable de estabilización - con los presupuestos en estas recogidos- para el personal temporal de larga duración.

En efecto, las plazas que encajen en los supuestos recogidos en la Disposiciones Adicionales Sexta y Octava de la Ley 20/2021 no pueden salir mediante promoción interna, en tanto las mismas están destinadas, por el mandato imperativo de la norma, a salir a concurso mediante el proceso excepcional de estabilización.

A este respecto, igualmente, parece que es una idea ya abandonada por la Administración, en tanto se han incluido la mayoría de las plazas de los indefinidos no fijos en el proceso de estabilización. No obstante, en tanto nos consta que no están todas las plazas que debieran estar, creemos necesario apostillar esta idea de la necesidad del bloqueo de las plazas a efectos de estos procesos de provisión.

D. La baremación de los concursos de méritos a los que se refieren las disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley 20/2021.

La Ley 20/2021 señala en su artículo 2 lo que sigue:

4. La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y entidades locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas en el desarrollo de los mismos en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público.

*Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso oposición, con **una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición**, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.*

Esta es la única referencia que en la norma se otorga a la baremación de los méritos, dado que en las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava no se incluye ninguna previsión.

Así, la Secretaría de Estado de Función Pública en su Resolución de 1 de abril de 2022, señaló en cuanto a la baremación de méritos lo que sigue:

- Respecto de los procesos del artículo 2 de la Ley 20/2021:

El sistema selectivo sería el de concurso oposición, con una valoración de la fase de concurso de un 40%, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el puesto. Así, en la fase de concurso de méritos, la Secretaría de Estado señala que la graduación podrá consistir en la valoración, con carácter orientativo, de los siguientes méritos:

- Méritos profesionales: 90% de la puntuación.
- Méritos académicos u otros: 10%.

Esto quiere decir que la experiencia en el puesto, sobre el total de la puntuación del proceso de concurso oposición, se valoraría en un 36%.

En este sentido, debemos atender a los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre lo que se han venido a llamar pruebas restrictivas, al objeto de vislumbrar dónde se encuentra el umbral constitucionalmente aceptado y respetuoso con los principios de acceso a la función pública.

Así, es relevante la **Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 107/2003, de 2 de junio [RTC/2003/107]**, cuando, además de convalidar el otorgamiento de un total de 40 puntos a la experiencia, de un total de 45 puntos de la fase de concurso, nos deja las siguientes consideraciones de importancia:

- Nuestra doctrina ha precisado que «la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer, además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados» (**STC 67/1989, de 18 de abril [RTC 1989, 67]**).
- De este modo, no plantea problema de igualdad la consideración como mérito de los servicios prestados, sino la relevancia cuantitativa que las bases de la convocatoria hayan dado a ese mérito concreto y, en particular, el que sea el único tenido en cuenta en la fase de concurso (**aunque la valoración como mérito único de los servicios prestados tampoco sería por sí sola contraria al art. 23.2 CE**, como señalan las **SSTC 137/1986, de 6 de noviembre [RTC 1986, 137]**, **F. 6**, y **67/1989 [RTC 1989, 67]**, pues lo determinante es si la ponderación de los servicios previos ha sido tan desproporcionada e irracional que ha desconocido el derecho a la igualdad) o se hayan tenido en cuenta otros méritos en dicha fase.
- Desde la perspectiva de la igualdad, la valoración constitucional de esta regla ha de ponerse en relación con la finalidad que persigue la norma diferenciadora y la proporcionalidad entre esa finalidad y el medio de diferenciación utilizado. En este caso, se considera que **un proceso de**

consolidación de empleo temporal habilita para la valoración como mérito de la antigüedad o la experiencia previa.

En esta misma línea, se ha pronunciado el **Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 83/2000, de 27 de marzo [RTC 2000/83]**, cuando señala:

*En este supuesto, al igual que en los resueltos por aquellas Sentencias, no nos encontramos ante pruebas restringidas, ya que, en primer lugar, a las mismas podían presentarse aspirantes que nunca hubieran desempeñado puestos docentes en la Administración educativa. En segundo lugar, tampoco puede considerarse que la valoración como mérito de los servicios prestados por los profesores interinos o contratados en la enseñanza pública tenga una relevancia cuantitativa que pueda ser lesiva del principio de igualdad, pues, por una parte, dichos servicios sólo pueden computarse como mérito una vez obtenidos como mínimo cinco puntos en la valoración conjunta de los conocimientos sobre los contenidos curriculares y el dominio de los recursos didácticos y pedagógicos -que constituye la fase de la oposición- y los méritos contemplados en los apartados 2 y 3 del anexo 1 de la convocatoria «el expediente académico» y «otros méritos» entre los que se encuentran: el poseer otros títulos, el tener el grado de doctor y la realización de cursos de formación o perfeccionamiento convocados por las Administraciones Educativas o Universidad. Y, en tercer lugar, no puede considerarse que al atribuir la convocatoria un máximo de 6 puntos a la valoración como mérito de la experiencia docente previa -experiencia en la que no sólo se valora la adquirida en la enseñanza pública, sino también, aunque ciertamente en menor proporción, la adquirida en la enseñanza privada- se le otorgue a este mérito una relevancia cuantitativa que pueda considerarse desproporcionada, **pues dicha puntuación supone un 31,57 por 100 de los puntos que pueden obtenerse en los tres cómputos de los que consta el proceso selectivo.***

Se avala así por el Tribunal Constitucional una puntuación a la experiencia en el puesto que alcanzara un **31,5% del total del proceso selectivo.**

En este mismo sentido se pronunció el **Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia núm. 107/2019, de 7 febrero [JUR 2019/66675]**, en el seno de la impugnación de un proceso selectivo que tuvo lugar en la Universidad Complutense de Madrid, y en el que se cuestionaba la valoración de la experiencia en la fase de concurso.

En este sentido, señala la Sala que:

Pues bien, como acertadamente señala la Universidad Complutense, lo primero a significar es que nos encontramos en el ámbito de un proceso selectivo derivado del art 19 uno, apartado 6º de la Ley 3/2017, de 27 de junio (RCL 2017, 839, 1317 y RCL 2018, 574), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, en cuya exposición de motivos se justifica sobradamente el carácter singular y extraordinario de la oferta de empleo público que posibilita el presente proceso, cuando expone que:

"La Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, haciéndose eco del acuerdo para la mejora del empleo público firmado el 29 de marzo de 2017 por el Ministerio de Hacienda y Función Pública y las Organizaciones Sindicales, establece en el apartado 6 del artículo 19.uno el objetivo de reducir por debajo del 8% la tasa de cobertura temporal en determinados ámbitos del sector público, a través de procesos de estabilización a desarrollar con base en las ofertas de empleo que deberán aprobarse y publicarse en los respectivos Diarios Oficiales en los ejercicios 2017 a 2019.

Esto es, que los procesos de estabilización de empleo temporal, por sí mismos, justifican la valoración de la experiencia profesional en la fase de concurso, siendo esta diferencia de trato objetiva y razonable, fundamentada, precisamente, en los principios de mérito y capacidad.

Así, continúa señalando la Sala:

La convocatoria establece una fase previa de oposición que tiene un valor total de 50 puntos y el máximo que se puede obtener en fase de concurso son 22 puntos, dos de los cuales se pueden conseguir por méritos distintos de la experiencia profesional. Ahora bien, para superar la fase de oposición hay que obtener como mínimo 25 puntos, de modo que, aunque se trate de un funcionario interino con servicios computables, no superaría dicho proceso selectivo sino aprobase la primera fase del proceso que examinamos. De otro lado, la máxima puntuación que puede obtenerse en el total del proceso selectivo sería de 72 puntos, de los que el funcionario interino, por servicios previos, podría obtener como máximo 20 puntos, lo que supone un 27,77 por 100 de la puntuación máxima, por lo que como acertadamente señala la Universidad apelante, dicho porcentaje lo ha considerado válido y no desproporcionado el Tribunal Constitucional en sentencia 107/2003, de 2 de junio (RTC 2003, 107) cuando se trata de un proceso selectivo de consolidación de empleo.

Es evidente así que la valoración de la experiencia hasta en un **27%** no infringe preceptos constitucionales, y es perfectamente válida en el seno de un proceso de estabilización de empleo.

Con todo ello, la valoración de los méritos profesionales en los procesos de concurso oposición puede alcanzar al 40% del total del proceso selectivo, lo que se ha venido considerando plenamente respetuoso con los principios constitucionales de acceso a la función pública.

- Respecto de los procesos de las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava de la Ley 20/2021:

Como decimos, además de que la norma no dice nada, las Sentencias analizadas y encontradas sobre el particular, ya referidas con anterioridad, se refieren todas ellas a procesos de concurso oposición, y no a los procesos

excepcionales de concurso de méritos, a los que se refiere el artículo 61.7 del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando señala que:

*7. Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, **o concurso de valoración de méritos.***

En estos últimos casos, que es donde radican los procesos excepcionales de estabilización a los que se refiere la Disposición Adicional Sexta y Octava de la norma, no encontramos referencia jurisprudencial certera que sirva como orientación para determinar hasta qué porcentaje se podría valorar los méritos profesionales, lo que permite que las Administraciones, de forma excepcional, puedan utilizar un rango mayor de lo analizado en los procesos de concurso-oposición, si bien cuidando de no incurrir en las denominadas "pruebas restrictivas o prohibidas".

En este sentido, si bien es posible valorar de forma mayoritaria la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate, es recomendable utilizar otros criterios adicionales, aunque sea de forma residual, como pudieran ser los méritos académicos.

Ahora bien, **en cuanto al porcentaje de valoración de los méritos profesionales, nada impide, como decimos, que los mismos se valoren en mayor medida que las referencias utilizadas para los procesos de concurso oposición, en los que la doctrina constitucional ha fijado un umbral orientativo de un 40%.**

A este respecto, resulta muy recomendable modular la valoración de la experiencia en función de la Administración o cuerpo concreto en el que se haya adquirido, premiando en mayor medida a aquellos aspirantes que hayan adquirido su experiencia en la misma plaza que sale a concurso, y en menor medida a aspirantes de otras administraciones.

Siendo ello así, el hecho de aumentar el porcentaje de valoración de la experiencia en el concurso de méritos no convierte automáticamente la prueba en restrictiva, en tanto lo importante será determinar:

- i. Si en ella puede participar el conjunto de los ciudadanos.
- ii. Si la valoración de la experiencia es tan desproporcionada que, de facto, impide la consecución de la plaza para cualquier persona que no sea quien la venía ocupando.

Lo relevante a estos efectos, como decimos, además de abrir el proceso a cualquier ciudadano, será modular la valoración de la experiencia profesional en función de si esta experiencia se ha adquirido en la misma plaza, puesto, escala o equivalente de que se trate que sale a concurso, o en cualquier otra administración o unidad que no tenga nada que ver con la del concurso.

Habremos de determinar, en función de la puntuación concreta otorgada a cada mérito, si, de facto, hace inviable la adquisición de la plaza por cualquier

ciudadano; o si, por el contrario, con independencia del aumento de la valoración de los méritos profesionales, cualquier ciudadano puede acceder a la misma.

En este sentido, encontramos procesos selectivos que no han sido tildados de discriminatorios por nuestros tribunales aun cuando los méritos profesionales en el mismo puesto que el convocado, dentro de la misma administración convocante, se valoraba casi cinco veces más que los méritos profesionales obtenidos en diferente administración.

Nos referimos, entre otros, al proceso selectivo convocado mediante Resolución de 12 de enero de 2009 para el ingreso en el Cuerpo Superior de la Administración General de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de acuerdo con su Plan de Estabilidad Laboral, del que conoció el **Tribunal Supremo, en Sentencia núm. 878/2019, de 24 de junio de 2019 [Rec. 1776/2016]**, sin que se cuestionara, de ningún modo, el peso que tenían los méritos profesionales en función del lugar en el que se hubieran obtenido.

En concreto, las bases del concurso del que conoce nuestro Alto Tribunal, en este caso, establecían:

1.- Experiencia en puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (Administración territorial y entidades autónomas de la comunidad autónoma), del mismo cuerpo al que se accede o de categorías laborales equivalentes.

*Se valorará con **0,224 puntos** por cada mes de servicios prestados.*

2.- Experiencia en puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de diferentes cuerpos o escalas al que se accede o categorías laborales equivalentes, y experiencia en otras administraciones públicas. En este apartado tiene que computarse la experiencia en las entidades reguladas en el capítulo III de la Ley 3/1989, de 31 de marzo, de entidades autónomas y empresas públicas y vinculadas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, y en las entidades públicas empresariales reguladas en el capítulo III del título III de la LOFAGE.

*Se valorará con **0,056 puntos** por cada mes de servicios prestados.*

Como se observa, en este proceso, a la experiencia obtenida en la misma administración, cuerpo o escala a la que se accede se le otorgaba hasta 4 veces más puntuación que a la obtenida en una diferente.

Otro ejemplo de la diferencia en la valoración de los méritos, en función de la administración concreta en la que se hayan obtenido, la constituye la Resolución 1843/22, de 18 de abril, se aprueban las bases y convocatoria del concurso de méritos para la provisión de plazas en las plantillas de personal funcionario y laboral correspondientes a la Oferta Excepcional de Empleo Público de Estabilización de Empleo Temporal, enmarcada en la Ley 20/2021 de

28 de diciembre, de la Diputación Provincial de Sevilla, que viene a valorar los méritos académicos de la siguiente forma:

<i>Experiencia en las plazas de igual denominación a la que se opta</i>	<i>Diputación de Sevilla</i>	<i>Otra Administración</i>
Servicios prestados desde 01/01/2016 a la fecha de último día de la convocatoria	0,666 / mes	0,222 / mes
Servicios prestados desde 01/01/2006 hasta 31/12/2015	0,333 / mes	0,111 / mes
Servicios prestados anteriores a 31/12/2005	0,160 / mes	0,055 / mes

Esto es, se valoran los méritos profesionales obtenidos en la misma administración convocante hasta tres veces más que los obtenidos en cualquier otra administración.

Es más, resulta necesario destacar que en dicha convocatoria, en cuanto a la baremación de los méritos, únicamente se tienen en cuenta los méritos profesionales, lo que se justifica en las mismas bases de la siguiente forma:

A continuación, se establecen los méritos que van a ser objeto de baremación, todos ellos relacionados con la experiencia profesional, teniendo en cuenta que el objetivo de los procesos selectivos de carácter excepcional de Estabilización de Empleo Temporal de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de conformidad con las Disposiciones Adicionales 6.ª y 8.ª, es reducir la temporalidad de los empleados públicos con una alta antigüedad, a fin de posibilitar su estabilización, de ahí que se considere crucial la experiencia acumulada a lo largo de toda la trayectoria profesional en las Administraciones Públicas y más en concreto en esta Corporación, siendo así que los méritos a valorar se centren en la citada experiencia al haber sido ésta, la que al haberse prolongado en el tiempo, ha dado lugar a este proceso excepcional, y todo ello en cumplimiento de la doctrina del TJUE.

No quiere decir con ello, quien suscribe el presente informe, que recomiende simplificar el concurso de méritos a la valoración de la experiencia, por los motivos ya explicados, pero no deja de ser una referencia cercana a considerar dentro de la multitud de procesos extraordinarios que, en aplicación de la Ley 20/2021, se están poniendo en marcha.

Como decimos, lo relevante es que cualquier ciudadano pueda acceder a las plazas, pero sin que ello sea óbice para valorar mayoritariamente la experiencia alcanzada en esa misma plaza por quien la venía ocupando, en tanto:

- No existe en la norma referencia alguna al peso que pueden tener los méritos profesionales frente al resto de méritos en los procesos de concurso.
- El conjunto de las referencias jurisprudenciales y doctrinales han sido desarrolladas en el contexto de concursos oposición, pero no en procesos excepcionales de concursos de méritos ex art. 61.7 *in fine* EBEP.

- c. En todo caso, es evidente que, dentro de los méritos profesionales, la experiencia obtenida en la misma plaza puede ser valorada muy por encima que la obtenida en otras administraciones o plazas.

E. Reserva de plazas para personas con discapacidad. Necesaria exclusión de aquellas relativas a las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava de la Ley 20/2021.

Debemos señalar que este apartado no se encontraba inicialmente entre las materias a estudiar en el presente informe, pero nos hemos visto obligados a introducirlo dado que, sorpresivamente, el Decreto 91/2022, de 31 de mayo, incluye en su artículo 3 lo que sigue:

Artículo 3. Reserva de plazas para personas con discapacidad.

1. Del total de plazas que se ofertan, en las convocatorias de los respectivos procesos selectivos se reservará un cupo no inferior al 10 por ciento para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, reservando dentro de dicho cupo un porcentaje específico del 2 por ciento para personas con discapacidad intelectual, y un 1 por ciento para personas con enfermedad mental que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33%, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas. Todo ello, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 59 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y en las condiciones que se establecen en el artículo 28 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, así como en el Decreto 93/2006, de 9 de mayo.

2. La reserva establecida en el apartado anterior se aplica en los cuerpos, especialidades u opciones de acceso de personal funcionario, así como en los grupos y categorías profesionales de personal laboral cuyas actividades o funciones son compatibles, en mayor medida, con la existencia de una discapacidad, cuya distribución se concretará en las correspondientes convocatorias. En caso de no cubrirse las plazas vacantes reservadas para el turno de discapacidad, se acumularán a posteriores ofertas hasta un límite del 10 por ciento de las plazas no cubiertas. Las plazas restantes no cubiertas serán acumuladas a las del cupo general en las respectivas convocatorias en las que se produzca dicha circunstancia.

3. En el supuesto de que alguna de las personas aspirantes con discapacidad que se presente por el turno de reserva no obtuviere plaza y su puntuación fuese superior a la de otras personas aspirantes del sistema de acceso general, será incluida por su orden de puntuación en el sistema de acceso general.

Se pretende dar cumplimiento por parte de la Administración, tal y como se recoge en el Preámbulo de la norma, al artículo 59 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, así como a los artículos 28 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, y concordantes del Decreto 93/2006, de 9 de mayo, por el que se regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía.

En este sentido, es lo cierto que el artículo 59 EBEP establece:

- 1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.*

En esta línea, la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía proclama:

- 1. En el acceso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de las Administraciones Públicas de Andalucía se garantizará el principio de igualdad de oportunidades y de trato de las personas con discapacidad. A tales efectos, y de conformidad con el marco normativo estatal, se regularán las medidas de acción positiva que sean necesarias, entre las que se incluirán la exención de algunas de las pruebas y la aplicación del sistema de concurso como sistema de acceso a personal laboral, consistente en la valoración de los méritos, atendiendo a las características de la discapacidad, y la reserva de plazas en las ofertas de empleo público y en las bolsas de trabajo temporal de un cupo no inferior al 10% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, reservando dentro del mismo un porcentaje específico del 2% para personas con discapacidad intelectual y un 1% para personas con enfermedad mental que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33%; siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas. Asimismo, en caso de no cubrirse las plazas vacantes reservadas para el turno de discapacidad, se acumularán a posteriores ofertas hasta un límite del 10%.*

Sin embargo, debemos señalar que el referido cupo no aplica en el proceso de estabilización excepcional que contemplan las disposiciones adicionales sexta y octava de la Ley 20/2021, tal y como ya prevé la Secretaría de Estado y Función Pública, en cuya Resolución de 1 de abril de 2022, señala:

*Sin perjuicio de lo que establezca la normativa de aplicación en cada ámbito, se entiende que en el caso de los procesos de la disposición adicional sexta y octava de la Ley, al tratarse de procesos por concurso como proceso excepcional, por una sola vez, la convocatoria de las plazas se realizará con carácter general **para igual valoración de los méritos objetivos fijados en el apartado 3.4.2 para todas las personas aspirantes.***

*No obstante en el **proceso de estabilización al amparo del artículo 2.1 de la Ley,** es de aplicación la normativa básica que establece el que en las ofertas de empleo público **se reservará un cupo de plazas para personas con discapacidad,** siempre condicionado a la compatibilidad con el desempeño de las tareas, por lo que puede haber supuestos en los que no exista este turno. De existir y quedar vacante algunas de las plazas convocadas en este turno se estará a lo que disponga al respecto la normativa de aplicación en cada administración pública en lo relativo a su posible acumulación.*

Es evidente así que la reserva del 10% que se establece en el artículo 3 del Decreto 91/2022, debe excluir las plazas convocadas al amparo de las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava de la Ley 20/2021, en tanto existe un mandato imperativo de su provisión bajo procesos de estabilización.

En el caso de que la Administración destinara el 10% del total de las plazas convocadas a la reserva para ser cubiertas entre personas con discapacidad, se estaría incumpliendo frontalmente la Ley 20/2021, en tanto un 10% de las plazas que imperativamente deben salir a concurso de méritos no lo harían.

Ello, sin perjuicio de que la propia naturaleza de los indefinidos no fijos ya exige la provisión de las plazas mediante cauces reglamentarios, por lo que en absoluto sería respetuoso con los objetivos de la Ley 20/2021, ni con la Directiva 1999/70 (CE) del Consejo, de 28 de junio de 1999, así como tampoco con los reiterados mandatos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dejar pasar una nueva convocatoria de empleo público sin incluir dichas plazas.

F. Experiencia de los candidatos en los procesos selectivos.

Debemos hacer mención brevemente a la situación que se viene generando en el seno de la Administración General de la Junta de Andalucía con el colectivo de indefinidos no fijos, que en muchos casos han accedido a la administración tras un periplo judicial que les ha reconocido la existencia de algún tipo de abuso de derecho o fraude, como es el caso de aquellos que han adquirido su condición tras la declaración de la existencia de cesión ilegal de trabajadores o de laboralidad encubierta, entre otros supuestos.

Según se ha podido conocer, hay empleados en los que su antigüedad en la Administración no coincide con la que consta en la hoja de acreditación de datos; es más, hay compañeros que, si bien tienen reconocidos los efectos económicos de su antigüedad desde el inicio de la relación laboral, en la hoja de acreditación de datos consta una antigüedad inferior.

Sin duda, estas disfunciones podrían causar un enorme perjuicio a los candidatos a los procesos, dada la valoración que se habrá de hacer de la experiencia.

Así, debemos aclarar que la antigüedad de un trabajador en la Administración es la del inicio de la relación laboral. Si dicho inicio de la relación laboral fue a través de una tercera empresa con la que posteriormente hubo algún tipo de subrogación, se declaró la existencia de cesión ilegal, laboralidad encubierta o cualquier otro tipo de fenómeno jurídico, la antigüedad será la del inicio de la relación con aquella empresa, salvo que en alguna resolución judicial se haya reconocido otra distinta. Lo que en ningún caso es dable admitir es que se tome como referencia la fecha del dictado de una Sentencia, o de la ejecución de la misma.

En definitiva, la antigüedad de un trabajador y, en consecuencia, la experiencia a efectos de la participación en el proceso de estabilización debe ser la del inicio de la relación laboral, y si en algún caso no coincide con la que consta en la hoja de acreditación de datos, se debe solicitar inmediatamente su rectificación, estando la Administración obligada a ello.

G. Los plazos en los que deben articularse los procesos de estabilización que se recogen en la norma y las responsabilidades que se podrían generar ante la pasividad de la administración.

En último lugar, vamos a referirnos a los plazos que tienen las Administraciones para poner en marcha estos procesos.

En este sentido, es meridiano el artículo 2 de la Ley 20/2021 cuando señala:

2. **Las ofertas de empleo** que articulen los procesos de estabilización contemplados en el apartado 1, así como el nuevo proceso de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales **antes del 1 de junio de 2022** y serán coordinados por las Administraciones Públicas competentes.

La **publicación de las convocatorias de los procesos selectivos** para la cobertura de las plazas incluidas en las ofertas de empleo público deberá producirse **antes del 31 de diciembre de 2022**.

La **resolución de estos procesos** selectivos deberá finalizar **antes del 31 de diciembre de 2024**

Esto es, tanto los procesos de estabilización del artículo 2, como los excepcionales de las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava deben cumplir los siguientes plazos:

- Oferta de empleo público: antes del 1 de junio de 2022.

- Convocatoria de los procesos selectivos: antes del 31 de diciembre de 2022.
- Resolución de estos procesos: antes del 31 de diciembre de 2024.

En este sentido, si bien los procesos de estabilización que se contemplan en el artículo 2 de la norma son opcionales para la Administración, los excepcionales de las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava no lo son, y son de cumplimiento obligatorio por parte de todas las Administraciones Públicas.

En consecuencia, todas aquellas plazas que encajen en los supuestos recogidos en las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava de la Ley 20/2021, deben salir a concurso de méritos antes del 1 de junio de 2022.

Así, y dado lo excepcional de la situación en la que nos encontramos, con reiteradísimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, compeliendo a nuestro país a articular soluciones realmente efectivas y disuasorias que combatieran el abuso en la contratación, y tras la publicación final de una Ley que habilita para la articulación de procesos selectivos en mejores condiciones para las personas que se han visto afectadas por el abuso, aquellas Administraciones Públicas que no cumplan con estos mandatos imperativos podrán ser sancionadas.

Pero no solo eso, sino que aquellos cargos públicos con responsabilidades en esta materia (véase secretarios, interventores, responsables de recursos humanos y órganos políticos) podrían incurrir igualmente en responsabilidades personales y directas.

Por un lado, se enfrenta a **responsabilidades administrativas disciplinarias**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y, por otro lado, en último término, se podrían enfrentar también a **responsabilidades penales** de acuerdo con lo previsto en el Título XIX del Código Penal. Todo ello, sin perjuicio de la **responsabilidad patrimonial** que se podría generar en perjuicio de la administración.

4. CONCLUSIONES.

Partiendo de todo lo anterior, podemos concluir con las siguientes consideraciones:

- i. El personal indefinido no fijo, dada su naturaleza jurídica de personal de duración determinada, aunque equiparado en derechos al personal fijo, se encuentra indudablemente incluido en los procesos de estabilización que se contemplan en la Ley 20/2021, tal y como ya se ha reconocido en el Decreto 91/2022, de 31 de mayo.
- ii. Esta inclusión corresponde con independencia de que la condición de indefinido no fijo se haya reconocido así por Sentencia judicial o no.

- iii. Las plazas relativas al personal indefinido no fijo que encajen en los supuestos contemplados en las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava de la norma deben quedar bloqueadas, y no podrán ser incluidas en concursos de traslados o cualquier otra forma de provisión que no sea el concurso de méritos mediante el proceso de estabilización de empleo temporal.
- iv. La experiencia y los méritos profesionales se podrán valorar, en el proceso de estabilización del artículo 2 de la Ley 20/2021, hasta en un 40%.
- v. Sin embargo, en el proceso de estabilización de las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava, no existe referencia jurisprudencial o doctrina del Tribunal Constitucional conocida, por lo que las posibilidades son más amplias, siempre y cuando, a través de la modulación de los puntos, no implique una restricción absoluta a la participación en el proceso de cualquier ciudadano.
- vi. La baremación de la experiencia alcanzada en la misma plaza, categoría, grupo, escala o equivalente que se convoca puede ser superior a la alcanzada en otras Administraciones. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de junio de 2019, conoció de una impugnación de un proceso selectivo en el que a la primera se le otorgó una puntuación cuatro veces mayor que a la segunda.
- vii. En la reserva del 10% para personas con discapacidad no se deben incluir las plazas derivadas de las Disposiciones Adicionales Sexta y Octava, en tanto estas son de provisión obligatoria, como así igualmente ha manifestado la propia Secretaría de Estado de Función Pública.
- viii. La antigüedad de un trabajador al servicio de la Administración debe ser la correspondiente al inicio de su relación laboral, independientemente de la fecha del dictado de resoluciones judiciales o de la fecha del cumplimiento de estas.
- ix. La publicación de las convocatorias debe producirse antes del 31 de diciembre de 2022.
- x. La omisión por parte de los responsables públicos de cumplir con estos hitos o procedimientos podría dar lugar a responsabilidades administrativas, penales, civiles y patrimoniales.

En Sevilla, a 22 de junio de 2022.

Francisco Javier Reyes Robayo
Abogado laboralista de Ceca Magán Abogados



CECA MAGÁN
ABOGADOS

info@cecamagan.com

www.cecamagan.com

#EstiloCeca