



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº 136/2015

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 18 de mayo de 2015, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Bullas, mediante oficio registrado el día 10 de abril de 2015, sobre consulta facultativa relativa a la procedencia de incluir al personal laboral indefinido en un proceso de funcionarización (expte. 135/15), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 10 de abril de 2015 tiene entrada en el Consejo Jurídico de la Región de Murcia solicitud de dictamen facultativo formulada por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Bullas en los siguientes términos:

"Procedencia de incluir al personal laboral indefinido en el proceso de funcionarización seguido por este Ayuntamiento conforme a las Bases aprobadas por Resolución de esta Alcaldía número 131, de 4 de febrero de 2015".

SEGUNDO.- A la consulta se acompaña un expediente administrativo del que resaltan los siguientes hitos relevantes para el objeto de la consulta:

I. Con fecha 30 de julio de 2014, la Secretaría de Administración Local del Sindicato FSP-UGT elabora un informe sobre el proceso de funcionarización en el Ayuntamiento de Bullas en el que concluye que, conforme a lo establecido en la Disposición transitoria decimoquinta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP) y en la Disposición transitoria segunda del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (EBEP), así como en la STS, Sala 3ª, de 12 de febrero de 2007, que equipara a los efectos de su participación en los procesos de funcionarización que convoquen las Administraciones públicas al personal laboral fijo y al indefinido no fijo, puede realizarse un proceso de funcionarización en el Ayuntamiento de Bullas en el que cabría admitir al personal laboral indefinido de la citada Corporación.

II. Por la Dirección General de Administración Local y Relaciones Institucionales de la Comunidad Autónoma, en contestación a consulta efectuada por el Ayuntamiento, se indica que al amparo de lo establecido en la DT 2ª

EBEP, podría realizarse un procedimiento de funcionarización para el personal laboral fijo, pero no para el temporal ni el indefinido.

III. Con fecha 7 de noviembre de 2014, el Secretario accidental del Ayuntamiento emite informe que concluye, en relación con el objeto de la consulta efectuada a este Consejo Jurídico, que:

"...3.2. Por lo que hace al ámbito subjetivo de la funcionarización, resulta indiscutible que podrá optar a la misma el personal laboral fijo que venga desarrollando puestos de trabajo que correspondan (...) a personal funcionario.

En cuanto al personal que tenga la condición de trabajadores contratados por tiempo indefinido, habiendo obtenido una estabilidad en su relación con la Administración no por méritos acreditados en el correspondiente proceso de selección, sino gracias a una ilicitud sustancial cometida en la suscripción de su vinculación temporal con aquélla, podríamos acogernos a dos interpretaciones: la resultante de la doctrina emanada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que llevaría a negar tal posibilidad, o la que dimana de la Sentencia de 12 de febrero de 2007, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que equipara la condición de personal laboral de duración indefinida con la de personal fijo (...) De optarse por esta última interpretación, sí que creemos que deberían extremarse las cautelas en el desarrollo del proceso..."

IV. Por Resolución de la Alcaldía nº 84, de 26 de enero de 2015, se aprueba la Oferta de Empleo Público del Ayuntamiento, que reserva 13 plazas para funcionarización del personal laboral.

V. Con fecha 4 de febrero de 2015, se dicta Resolución de la Alcaldía nº 131, por la que se aprueban las bases reguladoras de las pruebas selectivas para la provisión en propiedad de las plazas reservadas en la Oferta, mediante proceso de funcionarización. Las indicadas bases se publican en el BORM de 14 de febrero.

De conformidad con la Base primera, *"es objeto de la presente convocatoria la funcionarización voluntaria del personal laboral de la plantilla municipal mediante el sistema de concurso-oposición, funcionarización que se efectúa al amparo de lo dispuesto en la Disposición transitoria segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) y la doctrina sentada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2007"*.

La Base segunda, apartado 1, letra b), dispone que para tomar parte en el procedimiento selectivo que se convoca, los aspirantes deberán reunir los siguientes requisitos:

"b) Ser personal laboral fijo o indefinido de este Ayuntamiento en activo y mantener dicha situación hasta la finalización del plazo de presentación de instancias. Se entenderá que cumplen estos requisitos quienes durante el período señalado hayan estado en situación de excedencia con reserva de puesto".

VI. Con fecha 23 de febrero, la Dirección General de Administración Local y Relaciones Institucionales se dirige al Ayuntamiento de Bullas indicándole la procedencia de modificar, vía revisión de oficio, las bases reguladoras del

proceso de funcionarización convocado, al advertir que se permite acceder al indicado procedimiento a personal laboral que no tiene la condición de fijo, sino meramente indefinido, y sin que se exija entre los requisitos de admisión el de venir desempeñando funciones propias de personal funcionario a la entrada en vigor del EBEP. Afirma la inaplicabilidad de la doctrina sostenida en la STS de 12 de febrero de 2007, toda vez que, además de no poder ser considerada formalmente como jurisprudencia ante la ausencia de otros pronunciamientos del mismo Tribunal en el mismo sentido, en ella se parte de la ausencia de distinción de régimen jurídico en el ámbito laboral entre el personal fijo y el indefinido, situación normativa ésta que tras la aprobación del EBEP (art. 11) ha cambiado.

VII. Con fecha 30 de marzo de 2015, la Alcaldía dicta Resolución nº 458/2015, que acuerda solicitar el presente Dictamen y suspender el proceso de funcionarización convocado en tanto aquél se evacua.

En tal estado de tramitación se remite la consulta transcrita en el Antecedente Primero de este Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de abril de 2015.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter y alcance del Dictamen.

El dictamen se ha solicitado con carácter facultativo al amparo de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en cuya virtud este Órgano emitirá dictamen en cuantos asuntos sea consultado, entre otros, por los Ayuntamientos de la Región a través de sus Alcaldes.

En consonancia con el carácter meramente facultativo de la consulta ahora efectuada, este Consejo Jurídico se limita estrictamente a analizar la cuestión expresamente sometida a su consideración, sin entrar a valorar la existencia de otras posibles irregularidades o vulneraciones de la normativa básica que se desprenden de la lectura del expediente y que podrían constituir diversas causas de nulidad de la convocatoria. Dicho análisis quedaría diferido al dictamen que, esta vez con carácter preceptivo, habrá de emitirse en el seno del eventual procedimiento revisor que el Ayuntamiento debería incoar si asume las indicaciones de la Dirección General de Administración Local y Relaciones Institucionales.

SEGUNDA.- Sobre la cuestión sometida a consulta: la posibilidad de admitir a los procesos de funcionarización al personal laboral indefinido no fijo de las Administraciones Públicas.

Para el adecuado encuadramiento y resolución de la cuestión planteada parece necesario efectuar un previo *excursus* acerca de los procesos de funcionarización, de una parte, y de la distinción entre el personal laboral fijo y el indefinido no fijo.

I. Los procesos de funcionarización.

Mediante estos procesos, las Administraciones Públicas transforman el vínculo laboral de su personal laboral fijo en otro de naturaleza estatutaria o funcionarial, posibilitándole el acceso a los Cuerpos y Escalas a los que estén adscritos los puestos o funciones que han venido desempeñando en régimen laboral.

Señala el Consejo de Estado en su Dictamen 1361/2002 y es lugar común en la doctrina, que el punto de inflexión está formalmente marcado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 15 LMRFP, y que, invocando el artículo 103.3 de la Constitución, declaró que, en principio, todos los puestos de la Administración Pública deben ser desempeñados por funcionarios, constituyendo una excepción su provisión por quienes no lo son. Tal excepción debe entenderse asociada a la concurrencia de condiciones y límites materiales cuyo establecimiento queda bajo reserva de ley, de modo que se garantice una efectiva sujeción a la Ley de los órganos administrativos al decidir qué puestos concretos de trabajo pueden ser cubiertos por quienes no sean funcionarios. A la luz de aquella Sentencia, el Estado modificó la LMRFP por la 23/1988, de 28 de julio, dispuso que con carácter general los puestos de trabajo de la Administración del Estado serían desempeñados por funcionarios públicos y reguló los casos y condiciones en que podrían ser desempeñados por personal laboral.

La propia Ley 23/1988 añadió una disposición transitoria decimoquinta a la LMRFP, para establecer que la adscripción en la relación de puestos de trabajo (RPT) de un puesto para su desempeño por personal funcionario, no implicaría el cese del laboral que lo viniera desempeñando, que podría permanecer en el mismo. También preveía la celebración de pruebas selectivas restringidas, a fin de que el personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la LMRFP se hallara prestando servicios en puestos de trabajo que hubieran sido calificados como propios de personal funcionario pudiera adquirir la condición de tal.

Los procesos de funcionarización que comenzaron a partir de y con fundamento en esta última previsión se configuraron como restringidos y singulares, en los que únicamente podía participar el personal laboral fijo de la Administración convocante, siendo admitidos por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo si: a) estaban previstos en una norma con rango de Ley; b) perseguían resolver una situación excepcional, lo que determinaba su carácter único e irrepetible en el tiempo; c) tenían por objeto alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración; y d) respetaban los principios de mérito y capacidad, evitando que se configuraran como procedimientos selectivos *ad personam*.

El Tribunal Supremo ya se encargó de señalar que la finalidad de estos procedimientos es *"adecuar el personal laboral fijo a la naturaleza funcionarial del puesto a que sirven, sin olvidar que ese personal laboral, de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores, tenía absoluta estabilidad en el empleo"* (STS de 20 de junio de 1996).

La indicada DT 15ª LMRFP no ha sido expresamente derogada, pero su carácter de derecho transitorio, que persigue facilitar la adaptación de las relaciones de empleo de numerosos trabajadores de la Administración a la nueva realidad normativa surgida de la Ley 23/1988, y el límite temporal que utiliza para delimitar su ámbito subjetivo de aplicación (sólo el personal laboral que a la entrada en vigor de la indicada Ley prestara servicios en puestos reservados a personal funcionario o que los ocupase tras la superación de procedimientos selectivos convocados con anterioridad a dicha fecha), determinan que hoy día la normativa estatal básica a considerar sea

otra, a saber, la DT 2ª EBEP, cuyo contenido es el siguiente:

"El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos (sic) en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos (sic).

Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición".

Para el Consejo Consultivo de Madrid (Dictamen 334/2014), *"se trata de una excepción al derecho fundamental de acceder al empleo público en condiciones de igualdad y libre concurrencia, que reconoce a todos el art. 23.2 CE y también consagra expresamente el propio EBEP en sus arts. 55 y 61, de modo que dicha disposición debe ser objeto de una interpretación estricta y en su aplicación por la Administración se debe poner un especial cuidado y rigor".* Considera dicho Órgano Consultivo, en interpretación de la indicada DT 2ª EBEP, que la funcionarización no puede concebirse ya como un procedimiento restringido en el que únicamente puede participar un determinado tipo de personal laboral, sino como un derecho del personal laboral fijo a participar en procesos de promoción interna, en los cuales junto a dicho personal laboral también debe admitirse a los funcionarios públicos de carrera, como tipo de empleado público al que va dirigida la promoción interna regulada en el EBEP, lo que, además, ha sido expresamente reconocido por la STC 111/2014, cuando afirma de forma terminante que *"resulta inconstitucional la previsión de unas pruebas de acceso restringidas a quienes tuvieran la condición de personal fijo"*.

En síntesis, frente a lo establecido en la DT 15ª LMRFP, el EBEP predetermina ya cómo habrá de efectuarse este excepcional acceso a los Cuerpos y Escalas funcionariales, al exigir que se haga por la vía de la promoción interna (es lo que se ha dado en llamar "promoción cruzada" horizontal, en la medida en que el personal laboral se convierte en funcional al pasar de una determinada categoría laboral a un cuerpo funcional) y mediante el sistema de concurso-oposición.

II. Personal laboral fijo versus personal laboral indefinido.

De conformidad con los artículos 8.2, letra c) y 11.1 EBEP, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, en función de la duración del contrato, se clasifica en fijo, por tiempo indefinido y temporal. Ningún concepto o definición da la referida norma básica de tales clases de personal, remitiéndose a la legislación laboral. Ésta, por su parte, tradicionalmente no ha distinguido entre trabajadores fijos e indefinidos, utilizando ambos conceptos como análogos y de forma indistinta, para referirse a aquellas relaciones laborales caracterizadas por su estabilidad y permanencia al no estar sometidas a término, como las temporales.

Sin embargo, la Disposición adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores, en redacción ofrecida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ya permite diferenciar al personal laboral fijo del indefinido no fijo en el ámbito de las Administraciones Públicas, efectuando un

reconocimiento expreso del vínculo laboral indefinido no fijo y posibilitando ya una caracterización legal de la figura y no estrictamente jurisprudencial, como la que hasta ese momento había existido.

En efecto, tras extender la indicada Disposición adicional a la contratación temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas las normas sobre la duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y sobre límites al encadenamiento de contratos, precisa que ello será *"sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable*.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo".

Así pues, el personal laboral indefinido no fijo ve sometida su relación de empleo a una causa válida o lícita de extinción, cual es la cobertura reglamentaria del puesto o función que venía desempeñando, salvo que el trabajador acceda al empleo público mediante el correspondiente proceso selectivo. Debe precisarse que el aludido proceso selectivo no ha de identificarse con el previsto en la DT 2ª EBEP, por las razones que más adelante se indican, y podría referirse, por ejemplo, a los procesos de consolidación de empleo de la DT 4ª EBEP o al acceso libre a la condición de personal laboral fijo de la Administración regulado por el artículo 61.7 del mismo Estatuto.

Como ya señalamos en nuestro Dictamen 261/2011, el resultado de las irregularidades en el uso de la contratación temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas, en ningún caso da lugar a la adquisición de la condición de personal laboral fijo o funcionario de carrera, sino a la de contratado indefinido no fijo. Esta forma de relación de empleo, de creación inicialmente jurisprudencial (SSTS, Sala de lo Social, de 20 y 21 de enero de 1998, con algunos antecedentes más remotos) pero que como hemos indicado ya ha tenido su reconocimiento legal, a diferencia del personal laboral fijo y del funcionario de carrera está sometida a una causa válida para su extinción, cuando se proceda a la cobertura reglamentaria de la plaza mediante personal fijo o a su amortización.

En su origen se encuentra el frecuente recurso de las Administraciones Públicas a la contratación laboral temporal como forma de complementar las a menudo insuficientes plantillas de empleados públicos. Insuficiencia derivada a su vez, normalmente, de las limitaciones presupuestarias, que aunque impiden dotar plazas fijas con su correspondiente reflejo en las relaciones de puestos de trabajo, sí que autorizan a destinar créditos del capítulo de inversiones o del mismo capítulo de personal a la cobertura de determinadas y concretas actuaciones, bien en atención a su carácter urgente, bien por constituir una obra o servicio determinado con límites claramente definidos o bien para atender volúmenes de trabajo especialmente elevados de forma transitoria, y todo ello aunque se trate de la realización de tareas normales y ordinarias de la actividad administrativa. Ocurre también con demasiada frecuencia que esa eventualidad se prolonga en el tiempo, a veces más allá de los límites temporales fijados para determinadas modalidades de contrato temporal, o se destina al trabajador a la realización de funciones propias del giro administrativo pero ajenas a la obra o servicio para la que se contrató, o que, cumpliendo formalmente con los límites de duración temporal de cada contrato, se encadenan de forma sucesiva varios de ellos desvelando una situación de necesidad estructural de la Administración.

En estos casos, la normativa laboral aplicable determina la conversión de la relación laboral en indefinida, que

"implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento del personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de éstas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida ésta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo" (por todas, STS, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 1998). Así pues, como afirma la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 29 de enero de 2009, el trabajador indefinido del sector público, por haber sido contratado temporalmente fuera de la Ley, ostenta un vínculo a extinguir a través de la provisión de la vacante correspondiente.

Se persigue con esta construcción conciliar la aplicación de las normas del derecho laboral que disciplinan la contratación laboral temporal, con las exigencias que los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, y las normas administrativas sobre selección de personal, imponen a la Administración en el reclutamiento externo del personal a su servicio (limitación de plazas, Oferta Pública de Empleo, dotación presupuestaria de las plazas y reflejo en RPT, pruebas selectivas respetuosas con los principios de publicidad, mérito y capacidad, etc.).

Con esta figura contractual se produce una conversión de las relaciones laborales temporales en indefinidas, lo que no determina, como hemos señalado, fijeza de plantilla, sino eliminar la referencia temporal cierta para el término del contrato y su sustitución por una condición resolutoria del contrato como es bien la cobertura reglamentaria de las plazas por personal fijo o bien su amortización si el Ayuntamiento considera innecesaria la prestación de tales servicios y lo motiva adecuadamente. Así, la STS, Social, de 25 de noviembre de 2013. La STS, de la misma Sala, de 24 de junio de 2014, sujeta la extinción de este tipo de relaciones laborales indefinidas no fijas a los procedimientos de despido colectivo o individuales por causas objetivas (arts. 51, 52 y DA 20ª ET) y al correspondiente deber de la Administración de indemnizar al trabajador que ve amortizado su puesto de trabajo, efectuando una equiparación del régimen de los contratos temporales de interinidad por vacante con el personal laboral indefinido no fijo a tales efectos, afirmando que se encuentran en análoga situación.

Así pues, existe una diferencia sustancial entre el personal laboral fijo y el indefinido no fijo, que afecta a la estabilidad en el empleo de ambos, pues mientras que la relación laboral del primero no está sometida a término o condición alguna, sí lo está la del segundo, que quedará extinguida cuando por los procedimientos reglamentarios se cubra su plaza o resulte amortizado el puesto de trabajo que desempeña, a través de los procedimientos establecidos en los artículos 51 y 52 ET. De hecho, la ya aludida DA 20ª ET establece en su último párrafo una prioridad en la permanencia en el empleo público en favor del *"personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto"*, prioridad que operará no sólo sobre los contratados temporales sino también sobre el personal indefinido no fijo, como se desprende de la ya aludida STS, Social, de 24 de junio de 2014.

III. Sobre la participación del personal indefinido no fijo en los procedimientos de funcionarización.

Como ya se ha señalado, la normativa básica (DT 2ª EBEP) únicamente prevé de forma expresa la participación del personal laboral fijo en los procesos de funcionarización. Sin embargo, ciertas resoluciones judiciales han considerado que también era admisible el acceso del personal indefinido no fijo a los cuerpos y escalas funcionariales por esta vía específica. Así, la STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Canarias (Las Palmas), núm. 117/2011, de 18 de febrero, y sobre todo, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de febrero de 2007, que la primera de las citadas asume plenamente y cuya doctrina reproduce fielmente.

A la vista del expediente remitido junto a la consulta, es esta sentencia del Supremo la que pretende amparar o fundamentar la participación del personal indefinido en el procedimiento de funcionarización convocado por el Ayuntamiento de Bullas, por lo que se estima necesario proceder a su estudio.

Así, en primer lugar, considera la Sala que es acertado equiparar, a los efectos de participación en un procedimiento de funcionarización *"la condición de personal laboral de duración indefinida con la de personal fijo, sustentando tal equiparación en que el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 11 y 12 del propio Estatuto, no establece diferenciación entre personal de duración indefinida y personal fijo"*.

Del mismo modo, señala la sentencia que las propias normas que regulan los procedimientos de funcionarización *"responden al propósito de regularizar la situación respecto de los puestos de trabajo que están servidos por personal laboral y que son propios de personal funcionario. Y, siendo esa la finalidad de las normas mencionadas, resulta conforme a ella la equiparación que se hace en la sentencia recurrida por existir identidad de razón en cuanto a la procedencia de regularizar la situación tanto del personal laboral fijo como del personal laboral de duración indefinida"*.

Finalmente, descarta que dicho planteamiento sea contradictorio con la doctrina de la Sala de lo Social del mismo Tribunal Supremo, según la cual *"las irregularidades de los contratos temporales no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza pues no rige aquí el principio de libertad de contratación sino que la selección del personal que ha de servir a la Administración, incluso por la vía de la relación laboral, debe responder a los principios reconocidos en los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución. Y no hay contradicción con esa doctrina de la Sala Cuarta porque la sentencia aquí recurrida se refiere a una convocatoria que se incardina en un proceso de funcionarización cuyo carácter singular y excepcional ha sido destacado en ocasiones anteriores por esta Sala para explicar que, con el mismo carácter excepcional, deben admitirse determinadas restricciones al derecho de igualdad en el acceso a la función pública"*.

Ciertamente, toda la fundamentación expuesta está condicionada por la primera premisa, es decir, aquella en cuya virtud procede una equiparación en el régimen jurídico del personal indefinido no fijo y el laboral fijo, sobre la base de no existir en la normativa laboral, que es la que rige este tipo de relaciones, una distinción legal entre ambas figuras. Partiendo de tal equiparación de régimen jurídico, la literalidad de la Ley (en el caso, la DT 15ª LMRFP) que únicamente mencionaba de forma expresa al personal laboral fijo, ya no es un obstáculo y la argumentación relativa a la identidad de razón de las normas sobre funcionarización en relación con ambas figuras laborales surge de forma natural y no forzada, como también la ausencia de contradicción con la doctrina de la Sala de lo Social, sobre la base del carácter excepcional de estos procedimientos de funcionarización que relativizan las exigencias del principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas.

Considera el Consejo Jurídico, no obstante, que dicho razonamiento, efectuado en 2007 y en referencia a la DT 15ª LMRFP y a la normativa laboral vigente en el momento en que se efectuó la convocatoria impugnada, no resulta trasladable a la actualidad, toda vez que el régimen jurídico de dichas figuras (personal laboral fijo-indefinido no fijo) sí ha sido claramente diferenciado en la normativa aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas dictada desde aquella fecha.

En primer lugar, los artículos 8 y 11 del EBEP efectúan una expresa diferenciación entre ambas relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas. Sin perjuicio de que cierta doctrina ha puesto de

manifiesto que la *mens legislatoris* de dichos preceptos no contemplaba al personal laboral indefinido no fijo, pues la inclusión del "*personal laboral por tiempo indefinido*" responde a la asunción de una enmienda planteada por el grupo parlamentario del Partido Nacionalista Vasco que pretendía incorporar al ámbito de protección del EBEP a los profesores de religión de los centros públicos, lo cierto es que mayoritariamente se admite que la mención de los indicados preceptos del EBEP al personal laboral por tiempo indefinido constituye un reconocimiento explícito en la Ley de la figura jurisprudencial del personal indefinido no fijo.

Del mismo modo, como se ha indicado *supra*, la DA 15ª del Estatuto de los Trabajadores, en redacción de 2010, también ha otorgado carta de naturaleza a la indicada relación laboral indefinida no fija en el ámbito de las Administraciones Públicas, al reconocer que la transformación del vínculo temporal en indefinido no implica su carácter fijo, pues la relación laboral queda sometida a una causa válida de extinción, cual es la cobertura reglamentaria del puesto desempeñado.

Que el razonamiento que sustentaba la Sentencia objeto de análisis ha quedado superado por la evolución normativa, lo advierte la STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 630/2014, de 21 noviembre, cuando señala:

"...lo que dice el juzgador es que no puede afirmarse que la relación laboral del recurrente con el Consistorio tenga el carácter de fija, y en esta alzada no se muestra que esa resultancia fáctica se halle viciada de error valorativo, antes bien, ni siquiera se afirma por el letrado recurrente que su representado sea personal laboral fijo, al entender equivocadamente que a los efectos enjuiciados son equiparables el personal indefinido no fijo y el personal laboral fijo de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2.007; mas, esta sentencia responde a parámetros legales distintos; así, enjuicia una convocatoria para la provisión de plazas como funcionarios de carrera para ser cubiertas por personal afectado por el artículo 15 y la Disposición Transitoria decimoquinta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, adicionada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, y en nuestro caso, las Bases Específicas se aprueban vigente el Estatuto Básico del Empleado Público, que a diferencia de la normativa aplicada por el Alto Tribunal, distingue en su artículo 11, dentro del personal laboral, el fijo, el que lo es por tiempo indefinido y el temporal, restringiendo al primero de ellos la aplicación de su Disposición transitoria segunda".

De hecho, el propio Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en sentencia de 6 de mayo de 2009 -y posterior por tanto a la de 12 de febrero de 2007-, tiene establecido que *"Con arreglo a lo dispuesto en la Disposición Transitoria 2ª del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007 de 12 de abril, sólo "el personal laboral fijo que a la entrada en vigor del Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos". Posibilidad de permanencia en plaza de funcionario que, únicamente, se reconoce a los trabajadores fijos, pues los indeterminados o temporales deberán cesar a la cobertura reglamentaria de la plaza".*

Del mismo modo, el TSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia núm. 872/2012 de 13 junio, sostiene que para que el personal laboral indefinido no fijo pueda participar en procedimientos de funcionarización al amparo de la DT 2ª EBEP, previamente habría de superar el correspondiente proceso de consolidación de empleo, conforme se prevé en la DT 4ª del mismo Estatuto, lo que le permitiría alcanzar la condición de fijeza que abre la puerta a la funcionarización.

En esta idea insiste el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en el ya citado Dictamen 334/2014: *"la permisión por parte de las propias bases de que participe personal laboral que no es fijo supone utilizar la*

DT2ª (del EBEP) para lo que no está prevista: para un proceso de consolidación de empleo temporal al que se refiere la DT 4ª, proceso en el que, por cierto, no sólo se deben respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino que tiene que articularse a través de convocatorias abiertas".

En el mismo Dictamen, evacuado con ocasión de la revisión de oficio de un procedimiento de funcionarización convocado por el Ayuntamiento de Alcorcón, el aludido Órgano Consultivo afirma que *"la DT 15ª LMRFP, antes, y la DT 2ª EBEP, ahora, establecen un claro límite de carácter subjetivo a los denominados procesos de funcionarización: que se trate de personal laboral fijo y, además, como ya se ha visto, que ocupe desde una determinada fecha puestos de trabajo reservados a funcionarios. Resulta, por ello, no sólo ilegal, sino también inconstitucional, el que las bases permitan la participación en tales procesos de promoción interna de personal laboral indefinido o personal laboral temporal (art. 8.2, c) EBEP). Inconstitucional porque ello choca frontalmente con el artículo 23.2 CE (vid., por ejemplo, la STC 388/1993), ya que la legislación básica estatal (DT 2ª EBEP) sólo exceptúa del acceso a la función pública en condiciones de igualdad al personal laboral fijo, único personal respecto del que está justificado, según el propio TC, apartarse de ese derecho fundamental como medio excepcional y transitorio para resolver también una situación excepcional (adaptar el vínculo jurídico del empleado al puesto que realmente ocupa)".*

También el Consejo de Estado, en el Dictamen recaído en el expediente 3740/2001 sobre la funcionarización del personal laboral del Patronato Municipal de Deportes de San Sebastián, restringe la participación en dicho proceso al personal laboral fijo y excluye la de otros supuestos diferentes tales como los del personal interino, eventual, temporal o cualquier otro, incluido el personal que tenga una relación jurídica laboral de carácter indefinido por el incumplimiento o agotamiento de los plazos que para las contrataciones eventuales o temporales establece la legislación, atendiendo a la necesidad de dar cumplimiento a requisitos constitucionales y legales de publicidad, mérito y capacidad a los que nunca se sujetaron los interesados, a quienes atribuye la condición de personal laboral indefinido no fijo.

En atención a lo expuesto, considera el Consejo Jurídico que la DT 2ª EBEP, en tanto que establece un *"régimen excepcional y transitorio"* (así lo califica expresamente el TC en su Sentencia 111/2014) de acceso a la función pública, ha de ser interpretada de forma estricta y rigurosa, máxime si se atiende a los principios constitucionales consagrados en los artículos 23.2 y 103 CE, que se ponen en juego.

Estima, además, este Órgano Consultivo que la existencia de diferencias sustanciales entre las relaciones que vinculan al personal laboral fijo y al indefinido no fijo con su Administración, que afectan a su estabilidad en el empleo, ya han alcanzado, tras su configuración inicialmente jurisprudencial, una positivización y un reconocimiento expreso en la normativa. Tales diferencias obligan a interpretar que, cuando la legislación básica de constante cita únicamente menciona al personal laboral fijo como colectivo que puede acceder a la función pública por la vía extraordinaria de la funcionarización, excluye la participación de otros tipos de empleados públicos que no comparten con dicho personal fijo las mismas características de estabilidad y permanencia -determinadas, a su vez, por su forma de acceso al empleo público- que permiten equiparar, en este concreto aspecto, su relación de servicios a la Administración con la de los funcionarios de carrera, circunstancia que justifica la excepcionalidad de la medida conforme a la doctrina constitucional.

En consecuencia, la DT 2ª EBEP no ampara la realización de un procedimiento de funcionarización abierto a la participación de personal laboral indefinido no fijo, sino únicamente del laboral fijo que a la fecha de entrada en vigor del referido Estatuto Básico estuviera desempeñando puestos de trabajo o funciones que hubieran sido clasificados para su desempeño por funcionarios o que pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas con anterioridad a dicha fecha.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- En contestación a la consulta efectuada, el Consejo Jurídico estima que la Disposición transitoria segunda del Estatuto Básico del Empleado Público no ampara la realización de un procedimiento de funcionarización abierto a la participación de personal laboral indefinido no fijo.

No obstante, V.S. resolverá.

