

¿UN “CUARTO” PROCESO DE ESTABILIZACIÓN DEL PERSONAL TEMPORAL E INTERINO?: EL ARTÍCULO 217 DEL REAL DECRETO-LEY 5/2023 DE 28 DE JUNIO

Por Xavier Boltaina @XavierBoltaina

Profesor de los Estudios de Derecho – Universitat Oberta de Catalunya

Fecha documento: 14/12/2023

1. INTRODUCCIÓN.

A los gestores públicos locales y a los operadores de recursos humanos públicos les sorprendió que a través de una norma con un peculiar título se aprobara un “cuarto proceso” –aunque la propia normativa lo niegue- de estabilización, derivado de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre de reducción de la temporalidad, ya que el Gobierno ha pretendido que pasara como una prolongación del “tercer proceso” de estabilización que supuso la referida norma. Fundamentalmente porque recrear un nuevo proceso de estabilización, tras el de 2017 y 2018, y el de 2021 de la Ley 20/2021 sería tanto como dar alas a una clara inconstitucionalidad. Por ello, se le califica de continuación de la Ley 20/2021, aunque como se podrá comprobar, en absoluto ello es así. Tercero para unos, cuarto para quien suscribe estas líneas, podría ser calificado de quinto incluso, si tenemos en cuenta la disposición transitoria cuarta del EBEP, que sigue vigente y que ya fue un primer intento de reducción de la temporalidad a partir de 2007 –intento fracasado, como lo fue el de las leyes de 2017 y 2018-.

En concreto, se trata del artículo 217 del Real Decreto-ley 5/2023 de 28 de junio que lleva por título la indescriptible denominación de *“por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la Isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea”*.

Como fórmula jurídica, es una técnica normativa lamentable y claramente ausente de seguridad, por cuanto el lector difícilmente podía deducir que bajo este título descriptivo se agazapara un importante precepto, el 217, que lleva por descripción *“garantía del derecho de acceso a los procesos derivados de la disposición adicional octava de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre de medidas para reducir la temporalidad en el empleo público”*, una calificación tampoco muy clarificadora. En realidad, ni el propio redactado del art.217 es claro por si mismo, y debe interpretarse con lo que se indica en la Exposición de Motivos, pero ello aporta más dudas, pues muchos elementos no coinciden, cuando no son contradictorios.

Nuestra voluntad es intentar poner luz sobre el contenido de este precepto, que enlaza directamente con la Ley 20/2021, de manera claramente diferenciada de otra norma, ésta prevista en la Ley de Presupuestos, como fue la tasa adicional excepcional del art.20.dos.4 de la Ley 31/2022 que no prevé un proceso de estabilización strictu sensu, pero si apertura a convocar prácticamente cualquier plaza sin límites en la tasa de reposición de efectivos.

2. ELEMENTOS JUSTIFICATIVOS DEL ARTÍCULO 217: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El artículo 217 establece los siguientes parámetros jurídicos específicos:

- a) Autorización de una *“tasa adicional”* para todas las Administraciones para que sigan convocando procesos selectivos mediante concurso de méritos, según la previsión de la disposición adicional octava de la Ley 20/2021.
- b) El objetivo final, según el precepto, es críptico: *“con la finalidad de garantizar en todo el territorio el derecho de acceso a los procesos de estabilización en condiciones de igualdad”*, descripción que debemos clarificar en la medida de lo posible.

- c) El número de plazas de la tasa adicional señalada será el equivalente a las plazas estructurales, ocupadas de forma temporal a 30 de diciembre de 2021, por personal que fuese temporal o interino con anterioridad al 1 de enero de 2016 y que no hubiese superado el proceso de estabilización convocado en base a la Ley 20/2021, pero a través –esta convocatoria que no se superó– mediante un sistema distinto al del concurso de méritos. Esto es, haber participado en un proceso de concurso-oposición y no haberlo superado.
- d) Finalmente, esta tasa adicional deberá incluirse en una Oferta de Empleo Público que debe aprobarse antes del 31 de diciembre de 2023 y las convocatorias deben estar resueltas con anterioridad a 31 de diciembre de 2024.
- e) Se reitera que todas estas convocatorias deben respetar los principios de igualdad, mérito, capacidad y libre concurrencia, principios todos ellos que como hemos podido analizar en diversos artículos y documentos, han sido fuerte debilitados cuando no expurgados en la Ley 20/2021.

El artículo 217 implica una difícil interpretación y ya se han publicado diversas opiniones, algunas contradictorias entre sí, y también se denota un desinterés aplicativo por parte de muchas Administraciones, al considerar esta “tasa” como no asumible organizativamente. En la práctica, parece darse con el art.217 una “segunda oportunidad” a aquellos empleados que no superaron el concurso-oposición y ahora podrían superar un hipotético proceso a través de un sistema aún más simple, el “concurso de méritos”. Segunda oportunidad o más coloquialmente “repesca” como habitualmente se le ha conocido. Para ello es importante deducir qué elementos incorpora la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, con toda la cautela posible, pues es fruto de la redacción del Ministerio, sin mayor debate, y convalidado posteriormente por la Comisión Permanente del Congreso. En concreto:

- La EM reconoce que la Ley 20/2021 está teniendo un importante impacto en la estabilización del empleo temporal público. Sin embargo, la Ley 20/2021 no ha

sido la única norma de estabilización de los últimos años. Por ello, la EM del Real Decreto-ley afirma que *“en la ejecución de los procesos de estabilización (...) han confluído procesos que derivaban de normas anteriores, generando diferencias respecto del sistema selectivo”* del concurso de méritos. En otras palabras, la EM se refiere al hecho de que se estaban –o se están aún– desarrollando los procesos de estabilización de la Ley 3/2017 y la Ley 6/2018, que ya previeron la posibilidad de reducir con claridad la temporalidad, aunque articulados mediante concurso-oposición.

- El Real Decreto-ley afirma que la confluencia de las Leyes 3/2017, 6/2018 y Ley 20/2021 ha generado *“diferencias respecto del sistema selectivo”*. Esto es, que mientras en unos procesos de estabilización se ha llevado a cabo por concurso-oposición, la Ley 20/2021 previó la posibilidad del concurso.
- La EM ofrece una justificación –que en absoluto compartimos– de que los procesos selectivos diversos se han regido por reglas distintas y a partir de allí afirma que debe permitirse a quienes cumplieron los requisitos para participar con las reglas de la Ley 20/2021, *“no hayan tenido la posibilidad de hacerlo”*. Afirmación surrealista, porque la Ley 20/2021 es una norma que, en teoría, permitía el acceso libre y no un proceso restringido. Y por otro lado, porque cada norma legal que se aprueba es hija de su momento y regula las relaciones de empleo público con su aprobación. En realidad, esta norma está afirmando que quien no fue capaz de superar un proceso selectivo de concurso-oposición al amparo del art.2.4 de la Ley 20/2021 ahora puede ser *“repescado”* a través de un simple concurso de méritos.
- Pese a esta incoherencia, y con la finalidad de garantizar la igualdad, el mérito, la capacidad y libre concurrencia, se prevé y justifica un *“mandato dirigido a todas las administraciones para que convoquen los procesos de estabilización”* previstos en la Ley 20/2021. Una redacción de la EM que parece obligar a

convocar según el art.217 RD-ley 5/2023 y cuya finalidad es lograr el ocho por ciento de temporalidad a finales de diciembre de 2024.

- La EM afirma que la Ley 20/2021 definió el marco del personal interino funcionario y del personal laboral y fijó un régimen de responsabilidades (DA 17ª EBEP) y articuló lo que el RD-ley 5/2021 define como *“tercer y último proceso de estabilización”*.

Nos sorprende, en este sentido, que el RD-ley afirme que la Ley 20/2021 fijó un tercer y último proceso cuando aprueba, a través del art.217, un nuevo hipotético proceso por concurso de méritos para aquellos trabajadores o funcionarios que no superaron el proceso convocado en su día por concurso-oposición, por lo que de hecho se está permitiendo un “cuarto proceso” de estabilización mediante el eufemismo de la descripción del precepto señalado, *“Garantía del derecho de acceso a los procesos derivados de la disposición adicional octava de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre de medidas para reducir la temporalidad en el empleo público”*. Para el Real Decreto-ley, desde la Ley 20/2021 se detecta una *“cierta falta de uniformidad”*, acusando además a las Administraciones de un hecho difícil de corroborar: una ausencia de uniformidad *“propiciada porque hay administraciones públicas que no han dado cumplimiento a lo previsto en la Ley 20/2021”* en cuanto al concurso de méritos para los interinos de larga duración, lo que colisiona con el hecho de que los procesos de estabilización no pueden definirse *ad personam*, como sí efectúa el RD-ley 5/2023. Pero esta norma de urgencia insiste en ello, al señalar que los procedimientos selectivos diferentes han afectado *“de facto”* a los derechos de los empleados temporales de larga duración.

- Igualmente, aunque los preceptos de la Ley 20/2021 no se expresaron en estos términos, el RD-ley 5/2023 indica que la *“interinidad de larga duración”* es la que supera los cinco años, en base a la jurisprudencia. A ello viene a acudir el art.217 que se ampara en lograr la *“igualdad en todo el territorio”* (¿español? ¿autonómico?, ¿entre Comunidades Autónomas?) mediante un proceso

excepcional, en teoría amparado por la doctrina del Tribunal Constitucional, pese a que hasta el momento no se ha pronunciado y hay ya una retahíla de sentencias que cuestionan profundamente las bases derivadas de la Ley 20/2021 o un auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco planteando una cuestión de inconstitucionalidad contra la DA 8ª de la referida ley.

- Ante todo lo expuesto, el RD-ley 5/2021 prevé *“un mandato”* a través de una norma de rango de ley, dirigido a todas las Administraciones, para que *“convoquen los procesos de estabilización”* según la DA 8ª de la Ley 20/2021.
- La EM indica que el artículo 217 es continuación de la Ley 20/2021. Por ello se afirma que *“esta disposición se enmarca en el tercer proceso de estabilización autorizado por la Ley 20/2021”*, si bien a nuestro juicio es un auténtico *“cuarto proceso”*. Y ello es así porque la propia EM se contradice: *“la extraordinaria y urgente necesidad de esta medida se fundamenta además en razones objetivas que requieren su aprobación inmediata. Por una parte, para dar cumplimiento a las recomendaciones de las instituciones de la Unión Europea, que han subrayado en reiteradas ocasiones la necesidad de poner fin a la elevada temporalidad en el empleo público, y que España ha asumido como compromiso en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”*.
- Finalmente, y con una justificación ciertamente maniquea, se indica que el artículo 217 se aprueba e incorpora en un Real Decreto-ley porque si la finalidad es reducir la temporalidad a menos del ocho de por ciento, ello no se podría hacer mediante ley, pues *“en caso de plantear llevarse a cabo a través de la aprobación de una ley ordinaria, se dilataría en el tiempo, poniendo en riesgo la posibilidad de su convocatoria en el tiempo”*. En otros términos, se acredita que la Ley 20/2021 ha devenido en parcialmente un fracaso y se recurre a la urgencia de un Real Decreto-ley, para aflorar de nuevo

posibilidades de estabilización para aquellos empleados que no superaron el proceso ya instituido por la Ley de 2021.

3. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 217 Y LA DESCONEXIÓN CON LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

A nuestro juicio, el vínculo entre la Exposición de Motivos y el contenido del precepto se rompe, pues el precepto en modo alguno contiene todo el conjunto de consideraciones jurídicas que lleva a cabo la citada EM.

Por ello, si bien la Exposición puede servir para interpretar, lo cierto es que el artículo 217 dice lo que dice y no más allá de ello. Y en concreto, la constante referencia que efectúa la Exposición sobre que deben convocarse plazas no en función de éstas, sino de las personas que las ocupan, con expresiones que muy difícilmente casan con la doctrina constitucional, tales como buscar soluciones idénticas para distintas Administraciones que lo que simplemente han hecho es aplicar la ley vigente en cada momento o bien que el número específico de plazas a convocar es el equivalente a plazas estructurales ocupadas temporalmente cuyos titulares no hubiesen superado el proceso de estabilización de la Ley 20/2021, en una especie de “repesca” que parece no tener en cuenta que si la plaza ha sido ocupada ya definitivamente por un aspirante distinto al interino o temporal que no la superó, no debe convocarse porque no existe como tal vacante.

En concreto, y sin ánimo de exhaustividad, creemos que pueden extraerse del artículo 217 los siguientes elementos referenciales:

1º. El artículo 217 autoriza una tasa, no la impone, mientras la EM pretende obligar. Sin embargo, el redactado del precepto es claro: se permite a las Administración aprobarla, pero no puede imponerla porque posiblemente estas plazas estén ya ocupadas fruto de un proceso de estabilización previo. No es factible –ni razonable ni lógico- crear nuevas plazas simplemente en base a los intereses individuales de funcionarios interinos o trabajadores temporales que no superaron el proceso de

estabilización y, aún menos, como se ha afirmado en algunos foros, incluso crearlas y cubrirlas por concurso para todos aquellos que ni tan siquiera se presentaron al concurso-oposición. De hecho, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco cuestiona la constitucionalidad de la DA 8ª de la Ley 20/2021 precisamente por su carácter ad personam, en donde la fórmula del concurso se usa en función no de las características de las plazas sino de la realidad singular e individual de quien las ocupa o ocupaba.

2º. Aunque la EM se empece a considerar este artículo 217 como una continuación de la estabilización (la tercera) de la Ley 20/2021, en la práctica se trata de un nuevo proceso, el cuarto, pues crea un nuevo marco jurídico estabilizador al pretender “repescar” a los empleados temporales que no superaron ya el proceso de la Ley 20/2021. Ello podría llevarnos a una clara inconstitucionalidad, pues supondría reiterar o articular un nuevo proceso de estabilización tras el fracaso para algunas personas aspirantes del proceso aprobado en el 2021. No constándose que se haya presentado ningún recurso de inconstitucional, es factible que algún juez o tribunal lo plantea vía cuestión de inconstitucionalidad.

3º. Se hace incomprensible, jurídicamente, la afirmación de que la finalidad de esta tasa es *“garantizar en todo el territorio el derecho de acceso a los procesos de estabilización en condiciones de igualdad”*. Este criterio es difícilmente aceptable en términos del principio de igualdad, mérito y capacidad y no goza –a nuestro entender– de la suficiente enjundia para justificar un concurso de méritos. Si la intención última es “repescar” a los empleados temporales que no superaron los procesos de la Ley 20/2021, se rompe el principio de excepcionalidad que fija el Tribunal Constitucional para permitir el concurso de méritos.

4º. La determinación del número de plazas del segundo párrafo del artículo 217 colisiona con un mínimo criterio organizativo lógico. Ya no se trata de convocar plazas cubiertas interina o temporalmente por empleados de larga duración, sino de convocar plazas que, cubiertas por un empleado con esta condición a 30 de diciembre de 2021 y con una antigüedad previa a 1 de enero de 2016, no hubiera superado el

proceso de estabilización convocado por concurso-oposición. Carece de la más mínima objetividad y racionalidad. Sólo cabría como factible si estas plazas no hubieran sido cubiertas finalmente a través del proceso de estabilización, pero si lo están, no hay plaza vacante y no hay modo alguno de resolver la cuestión.

La otra posible justificación sería que con la Ley 20/2021 no se hubieran convocado todas las plazas que preveía la DA 6ª y 8ª en su momento, esto es, que alguna Administración hubiera incumplido el mando de la Ley. Pero ello es contradictorio con el hecho de que se supone que si el empleado afectado no superó el proceso de estabilización, es que realmente sí se convocó. Salvo que se asuma una interpretación según la cual la ley pretende recuperar a los que debieron participar por concurso-oposición y no la superaron, tal como parece desprenderse del segundo párrafo del artículo 217: que no hubiera superado el proceso de estabilización convocado con un sistema selectivo distinto al previsto en la disposición adicional octava de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. A partir de aquí, ha habido distintas teorías:

- a) La que defiende que es un proceso de repesca de los que según la Ley 20/2021 participaron en un concurso-oposición, de por sí ya muy simplificado, y no lo superaron y por tanto, en teoría, ya no son empleados públicos.
- b) Las tesis más maximalistas que defienden que, además, también debería incluirse a aquellos que no superaron las estabilizaciones de la Ley 3/2017 y 6/2018, lo cual es un absoluto sinsentido y en modo alguno se desprende del precepto analizado. Porque ello podría implicar también, en esta mirada al retrovisor, incluso a los que no aprobaron la estabilización de la DT 4ª del EBEP. En resumen, una ruptura de la capacidad de autoorganización y un disloque en la gestión de las plazas que realmente se necesitan, que depende de criterios objetivos y no de circunstancias subjetivas y personales.

4. ALGUNOS ELEMENTOS PARA LA CONCLUSIÓN.

Siendo consciente de que lo que a continuación indicaremos es controvertido e incluso polémico, consideramos que de la lectura del artículo 217 pueden obtenerse las siguientes conclusiones, según nuestro parecer –por supuesto-:

- a) No creemos que exista una obligación de aplicar la tasa del citado precepto si no hay plazas vacantes afectadas por los criterios del artículo 217. Si fueron convocadas y cubiertas, no hay obligación de convocar plazas siamesas innecesarias. Es más, osaríamos decir que no solo no hay obligación, sino imposibilidad.
- b) Las Administraciones que en base a la DT 4ª EBEP o las Leyes de Presupuestos de 2017 y 2018 iniciaron procesos de estabilización, cumplieron con la ley vigente y por tanto, no pueden verse constreñidas a modificar estas convocatorias. Del precepto no se deriva tal conclusión, ni tampoco pueden adoptarse medidas selectivas retroactivas en función del resultado personal subjetivo de tal o cual empleado temporal.
- c) Entendemos que solo es aplicable este artículo 217 cuando se dé, estrictamente, la prescripción del segundo párrafo y esa plaza en concreto continúe cubierta por un empleado temporal o interino o bien esté vacante. En ningún supuesto más, pues de lo contrario rompería, aquí, los principios de buena administración y gestión adecuada de los intereses públicos, pues no deben convocarse plazas que no se necesitan ni existan como vacantes.

Si alguna Administración las ha creado específicamente –como nos consta que ha sucedido- de hecho estaría incumpliendo el propio artículo 217, pues la tasa adicional parte de la idea de que son plazas ocupadas con anterioridad a 1 de enero de 2016 y que mantuvieran esta situación a 30 de diciembre de 2021, lo cual colisiona con el hecho de que se creen, en el 2023 o 2024, plazas *ex novo* para dar salida a una interpretación amplia y excesiva del artículo 217.