

EL CUESTIONABLE AMPARO DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA ARBITRARIEDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO EN LAS SOCIEDADES PÚBLICAS

THE QUESTIONABLE PROTECTION OF THE SOCIAL JURISDICTION AND ARBITRARINESS IN THE ACCESS TO EMPLOYMENT IN PUBLIC SOCIETIES

Jorge Fondevila Antolín

Doctor en Derecho

Jefe de la Asesoría Jurídica Consejería de Presidencia y Justicia
Gobierno de Cantabria*
fondevila_j@cantabria.es

Recibido: 19/06/2019

Aceptado: 07/11/2019

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObrasDerivada (by-nc-nd)



Laburpena: Lan honetan, Auzitegi Goreneko Lan Arloko Salaren 2019ko urtarrilaren 24ko 1067/2019 Autoaren oinarri juridikoetan ageri diren hutsuneak eta hutsaltasunak aztertzen dira. Izan ere, auto horren arabera, ez dago zertan bete Espainiako Konstituzioan eta Enplegatu Publikoaren Oinarrizko Estatutuan aurreikusitakoa, sozietate publikoetan enplegua eskuratzeko konstituzio-bermeari eta -kontrolari dagokienez. Horrek atzerapauso handia eragiten du berme juridikoetan, eta bide ematen die klientelismoari eta arbitrariorotasunari.

Gako-hitzak: funtzio publikoa, enplegatu publikoak, lan-kontratupeko langileak, hautaketa, sozietate publikoak, Administrazio publikoa.

Resumen: Este trabajo examina las inconsistencias y deficiencias de la fundamentación jurídica del Auto 1067/2019, de 24 de enero de 2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), cuyo contenido supone una quiebra a la configuración de un empleo público profesional y objetivo, en un ámbito tan importante con el Sector público del conjunto de las administraciones públicas, que tiene una gran importancia en términos económicos y de número de efectivos personales en el conjunto de los servicios públicos. Así, al amparo del citado Auto, se declara la exención de sometimiento a las previsiones de la Constitución Española y del Estatuto Básico del empleado público con relación al control y garantías constitucionales en el acceso al empleo en las sociedades públicas, lo que supone un claro retroceso en las garantías jurídicas y una apertura al clientelismo y arbitrariedad, en detrimento de los derechos de los ciudadanos al acceso al empleo público, en condiciones de igualdad, mérito y capacidad.

Palabras clave: Función Pública, empleados públicos, personal laboral, selección, sociedades públicas, Administración pública.

Abstract: This paper examines the inconsistencies and deficiencies of the legal basis of Order 1067/2019, of January 24, 2019 of the Supreme Court (Social Chamber), whose content implies a breakdown of the configuration of a professional and objective public employment, in such an important area with the public sector of all public administrations, which is of great importance in economic terms and given the number of staff in all public services. Thus, under the aforementioned Order, the exemption from subjection to the provisions of the Spanish Constitution and the Basic Statute of public employees is declared in relation to the control and constitutional guarantees in the access to employment in public societies, which is a clear setback in legal guarantees and an openness to clientelism and arbitrariness, to the detriment of the rights of citizens to access public employment, under conditions of equality, merit and capacity. *Keywords:* Public Function, public employees, labor personnel, selection, public corporations. Public administration.

* Las opiniones contenidas en este artículo se realizan a título particular y no en mi condición de empleado público del Gobierno de Cantabria.

Sumario

I. Consideraciones previas.—II. Exposición de las escuetas consideraciones jurídicas del Auto 1067/2019, de 24 de enero de 2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Rec. n.º 1843/2018.—III. Aproximación al contenido y ratio legis del ámbito de aplicación de la Disposición adicional primera del TREBEP.—IV. Breve excursus sobre la aplicación del orden axiológico constitucional y sus principios al empleo público laboral, en sentido lato.—V. Examen crítico de los argumentos formulados por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), para excluir la aplicación los principios de selección establecidos en el TREBEP a las sociedades públicas.—VI. La intromisión de la Jurisdicción Social y sus consecuencias.—VII. Conclusiones Finales.—VIII. Bibliografía.

I. Consideraciones previas

Este trabajo nace como consecuencia de la sorpresa y estupefacción que ha provocado el Auto del Tribunal Supremo que confirma una línea de resoluciones judiciales de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, por las cuales se presta conformidad a la huida del derecho y de toda clase de controles administrativos a las sociedades públicas financiadas con recursos públicos provenientes de los impuestos de todos los ciudadanos, para el reclutamiento de su personal, es decir, se permite el uso de la discrecionalidad absoluta en el acceso al empleo en estas sociedades, al rechazar cualquier clase de control en el acceso y remitiendo su régimen al de cualquier empresa privada, las cuales recordemos pueden reclutar con total libertad, sin pruebas ni controles, salvo los límites derivados del principio legal de no discriminación laboral por razones de sexo, estado civil, edad, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro de los límites marcados por el RD 2/2015, de 23 de octubre, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET), de forma que se abren las puertas y ventanas de nuestras administraciones públicas, en sentido lato, de nuevo al clientelismo y oportunismo. Una situación muy grave por lo que estimamos se merece un examen jurídico más profundo.

II. Exposición de las escuetas consideraciones jurídicas del Auto 1067/2019, de 24 de enero de 2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Rec. n.º 1843/2018

Lógicamente, para una adecuada comprensión de la cuestión objeto de examen, resulta esencial examinar el contenido de las consideraciones jurídicas formuladas por el citado Auto del Tribunal Supremo, y de forma complementaria por remisión directa del mismo a la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por su Sala de lo Social.

II.1. Examen del Auto 1067/2019 del Tribunal Supremo

Comienza su exposición el alto tribunal en su fundamento de derecho primero recogiendo la declaración de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), Sección 1.ª Rec. 603/2017, señalando al respecto:

«La sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de febrero de 2018 (R. 603/2017), estima el recurso deducido por el trabajador, y declara que la relación que le une con la empresa Canal de Isabel II Gestión SA, es de carácter indefinido (sin más). Se funda esta decisión en diversas resoluciones de esta Sala IV que cita, para concluir que al personal laboral que presta servicios por cuenta y orden de sociedades mercantiles públicas —sector público empresarial— independientemente

de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los arts. 23.2 y 103.3 de la CE, ni tampoco el EBEP, lo que determina el éxito del recurso y que se califique la relación en la empresa de carácter indefinido.».

Pues bien, en el fundamento de derecho segundo de su Auto, el Tribunal Supremo presta su conformidad a la declaración y fundamentación de la sentencia objeto de revisión jurisdiccional, sin incorporar argumentos nuevos a los ya manifestados en la citada sentencia y que examinaremos con detalle a continuación, si bien si incorpora un matiz de interés, no de fondo, pero sí de carácter práctico, en concreto¹, considera que si existe una legislación específica (estatal, autonómica o local) referida a las sociedades públicas que someta expresamente a las mismas en el acceso al empleo público a las exigencias constitucionales y legales de cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, entonces no es posible excluir a las mismas de su cumplimiento, y como consecuencia de ello, las relaciones laborales en «fraude legis», no reciben la sanción de su transformación en personal laboral fijo, sino que se les debe declarar «personal laboral indefinido no fijo de plantilla».

II.2. La fundamentación de la sentencia del TSJ de Madrid objeto del Auto del Tribunal Supremo

A la vista de la escueta y sucinta fundamentación del Tribunal Supremo en su Auto, lo que resulta llamativo a la vista de la gravedad de las consecuencias de su declaración, y dado que el mismo se remite directamente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), Sección 1.ª Rec. 603/2017, es obligado examinar la argumentación jurídica de esta sentencia.

Comienza el Tribunal señalando en su F.D. 2.º, que su fundamentación es reiteración de lo ya declarado en su anterior sentencia de fecha 16 de diciembre de 2016, en la cual ya se consideró a este respecto lo siguiente:

«Es así, con esta precisa y concreta justificación, como nace la figura del trabajador “indefinido no fijo”, una fórmula que, en sí misma considerada, encierra una *contradictio in terminis* que solamente se puede admitir sobre la base de esa específica explicación que, desde luego, no es aplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, que no están obligadas a cumplir con esos principios constitucionales del acceso “a la función pública”, que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE. En el momento de producirse los despidos de los actores está ya en vigor el Estatuto Básico del Empleado Público que, naturalmente, recoge esos principios, pero cuyo

art. 2, al establecer su ámbito de aplicación, no incluye a las sociedades mercantiles con forma de sociedad anónima, aunque sean de capital público, como es el caso de AENA AEROPUERTOS S.A.»

Posteriormente, continúa su argumentación reseñando la legislación general sobre el régimen jurídico general aplicable con relación a las sociedades públicas en ese momento, en concreto, se centra en las previsiones de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y su Disposición Adicional Duodécima, y, por otro lado, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y las previsiones del artículo 166.2, de forma que concluye que conforme estas normas, las sociedades públicas solo presentan un régimen jurídico especial, diferenciado del privado, con relación a las materias presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación, quedando fuera del ámbito de aplicación del EBEP, conforme las previsiones de su artículo 2.º.

A continuación, examina la doctrina del Tribunal Constitucional, en concreto, la STC 8/2015, de 22 de enero, al amparo de la cual se reconoce que dentro del ámbito general y conceptual del «Sector Público», pueden distinguirse dos subsectores, a saber, «sector público administrativo» y el «sector público empresarial», declaración que simplemente reitera una doctrina académica y regulación normativa desde hace muchos años, es decir, no aporta absolutamente nada al fondo del asunto esta argumentación, a pesar de que como veremos a continuación la misma se configura como un «descubrimiento esencial» que ampara la decisión final del Tribunal.

Así, el tribunal establece una distinción entre sector público administrativo y sector público empresarial, que como veremos posteriormente no está conocida en la disposición adicional primera del RDL 5/2011 TREBEP, es decir, el Tribunal sin justificación legal ni jurídica alguna, procede a utilizar una distinción no prevista en la Ley, recordemos el aforismo «*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*»; y precisamente al amparo de esta forzada e injustificada distinción, determina que:

«En conclusión: si al personal laboral que presta servicios por cuenta y orden de sociedades mercantiles públicas —sector público empresarial— cual sucede con la demandada, independientemente de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra Carta Magna, ni tampoco el EBEP, ninguna razón de fuste existe para que la fraudulencia de los sucesivos contratos de trabajo celebrados por las partes a lo largo de un prolongado período de tiempo conlleve, como se pide, la declaración de la existencia de una relación laboral indefinida no fija, en lugar de indefinida sin más,...».

Con idéntica argumentación también nos encontramos con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, por su Sala de lo Social, de fecha 11 de enero de 2019, Rec. n.º 798/2018, por lo que obviamos comentarios sobre la misma, ya que las anteriores consideraciones resultan de mimética aplicación al contenido de esta sentencia.

Como conclusión final de este examen de las consideraciones jurídicas formuladas por los TSJ de Madrid y Cantabria, y asumidas en su integridad por el Auto 1067/2019, de 24 de enero de 2019 del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), se reducen a la formulación de una tesis interpretativa que quiebra la literalidad del precepto, que establece literalmente un ámbito de aplicación del TREBEP en su Disposición adicional primera, a «*las entidades del sector público estatal, autonómico y local*». Así, sin justificación legal alguna decide obviar el concepto general de «Sector Público», y forzar el sentido del precepto, determinando que este concepto resulta inaplicable, y así, en el ámbito de las sociedades públicas, hay que acudir al subsector «sector público empresarial» que forma parte del general, y de esta forma concluir que como no existen previsiones específicas con respecto al acceso al empleo de las sociedades públicas en el régimen jurídico de ese subsector, resultan inaplicables las previsiones de la Constitución Española, en especial las previsiones de su art. 103.3 y por supuesto tampoco el TREBEP, de forma que por resolución judicial vacían de contenido y declara inaplicable el mandato de la disposición adicional primera del citado cuerpo legal.

III. Aproximación al contenido y ratio legis del ámbito de aplicación de la Disposición adicional primera del TREBEP

En este apartado vamos a realizar un examen detallado de la génesis y tramitación parlamentaria del EBEP con relación a las previsiones de la Disposición adicional primera, y como complemento necesario un repaso a la doctrina académica con respecto a la finalidad y contenido de la citada disposición declarada inaplicable por el Tribunal Supremo, por considerar que sus previsiones y finalidad no resultan de aplicación a las sociedades públicas.

III.1. Examen del proceso de elaboración del EBEP

1. Examen de los trabajos de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público

Pues bien, la citada Comisión redactora del EBEP al analizar en su informe el ámbito subjetivo de aplicación del mismo señala expresamente²:

«Por razones similares, el Estatuto debería aplicarse, con las necesarias matizaciones, a otras entidades que, creadas por una Administración, organismo o entidad público, tienen forma jurídica de sociedad o fundación, pero dependen de su Administración matriz y se financian mayoritariamente con recursos públicos.

El personal de estas entidades del sector empresarial o fundacional público (según la denominación de la Ley General Presupuestaria) tiene contrato laboral, pero, por razón de las funciones que desempeña, de la vinculación o dependencia pública de su empresa o entidad y del origen de los fondos con cargo a los que percibe sus retribuciones, es parte del empleo público en términos sustantivos y económicos.

Con frecuencia, la creación de estas entidades de naturaleza jurídica privada ha tenido por finalidad, precisamente, huir del régimen del empleo público, y más en concreto de la función pública en sentido estricto. Pero, sin perjuicio de la flexibilidad requerida, no es aceptable que este tipo de opciones organizativas persiga o tenga como consecuencia la inaplicación de los principios constitucionales. De hecho, la legislación reciente ha reaccionado frente a esta situación y de ahí que la Ley de Fundaciones (art. 46.4) prevea, por lo que se refiere a las del sector público estatal, que la selección de su personal debe realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.

En cuanto al sector empresarial público, y más específicamente al constituido por sociedades mercantiles creadas o dependientes de las Administraciones y Entidades Públicas, parece necesario atender a su realidad sustantiva, tal y como se ha impuesto, por exigencias del Derecho comunitario europeo, en materia de contratación pública. Sin duda, muchas de estas empresas, aun participadas mayoritariamente por una Administración Pública, se asemejan por las funciones de producción de bienes y servicios que realizan a una empresa privada, por lo que no tendría demasiada justificación extender a ellas las reglas del Estatuto del Empleado Público, a salvo de alguna alusión general a la observancia de principios de publicidad e igualdad en la contratación de su personal.

Sin embargo, se ha extendido en los últimos años la creación de sociedades de capital íntegra o mayoritariamente público dedicadas al ejercicio de funciones intrínsecamente administrativas, como por ejemplo la contratación de obras públicas o la gestión del patrimonio público. En estos casos es necesario aplicar los principios y reglas comunes del Estatuto que regule el empleo público, ya que, en términos sustantivos o rea-

les, su personal forma parte del mismo. Se trata, pues, de aplicar al régimen del personal los mismos criterios en virtud de los cuales la legislación vigente exige hoy que determinadas sociedades del sector público apliquen las normas de la contratación pública, esto es, aquellas sociedades creadas por una Administración o Ente Público para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, que dependan o estén controladas por la Administración matriz y que estén mayoritariamente financiadas con fondos públicos (art. 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).»

El lector puede comprobar cómo en la génesis del EBEP no había debate alguno, y estaba clara la «ratio» de la norma de someter a las sociedades mercantiles a sus previsiones específicas, siempre que su finalidad sea la atención de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y así, nos encontramos en los presentes casos con una sociedad como el Canal Isabel II³ destinada a la gestión del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid, es decir, una indubitada finalidad de satisfacción del interés general y servicio público, y en el mismo sentido la sociedad de Gestión de Emergencias, S.A., cuya finalidad era: «El objeto social lo constituyen la realización de actividades de prestación de servicios de atención al ciudadano. así como al tratamiento de la información recibida dentro del sector de la urgencia y la emergencia. incluyendo las actividades de instalación, coordinación, gestión y demás elementos técnicos auxiliares necesarios para el desarrollo de dicho servicio, incluyendo entre otros la consultoría, diseño, planificación, desarrollo, instalación e implantación, apoyo logístico, dirección y ejecución de proyectos.»⁴, es decir, puro y duro servicio público de interés general.

Pues bien, parece que las consideraciones que sirvieron de fundamento a la elaboración del EBEP, y que tuvieron traslación directa en las previsiones de su Disposición adicional primera, carecen de sentido y fundamento suficiente para el Tribunal Supremo a la hora de interpretar el alcance de esta disposición.

2. El iter de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley

Pero por si no fuera suficiente este documento esencial, y le hubiera resultado insuficiente al Tribunal Supremo en su labor interpretativa para determinar la «ratio legis» de la previsión inaplicada, podrían haber acudido al examen del proceso de elaboración del EBEP en vía parlamentaria, así, podemos destacar los siguientes hitos al respecto:

- a) El primer borrador del anteproyecto que se elaboró por el MAP, con fecha 25 de noviembre de 2005, ya recogía expresamente esta

previsión, siguiendo literalmente el informe de la Comisión de expertos al que nos hemos referido anteriormente.

- b) Este texto fue objeto de negociación con Comunidades Autónomas, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y organizaciones sindicales⁵ (CC.OO, Csi-Csif y UGT), de manera que se elabora un segundo borrador, con fecha 17 de abril de 2006 que mantiene la misma redacción, a este texto se le vuelven a realizar nuevas consideraciones continuando el proceso negociador con los mismos interlocutores, que en el caso sindical se concreta en la reunión celebrada el día 4 de mayo de 2006.
- c) Finalmente, el Proyecto de Ley se presentó ante el Congreso de los Diputados⁶, pues bien, durante su tramitación parlamentaria no se formularon enmiendas a la disposición, y así, el Dictamen⁷ de la misma mantuvo el texto inicial del Proyecto de Ley.
- d) En cuanto a la tramitación del proyecto de ley en el Senado tampoco hubo enmiendas a este respecto⁸.

Lo anterior supone que durante la tramitación del proyecto no se debatió ni formuló enmiendas a este precepto, asumiendo integral y literalmente la propuesta formulada por la Comisión de expertos, cuya fundamentación hemos expuesto anteriormente, es decir, la disposición adicional primera, incluye en su ámbito de aplicación a las sociedades mercantiles creadas por una Administración o Ente Público para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, que dependan o estén controladas por la Administración matriz y que estén mayoritariamente financiadas con fondos públicos. Esta y no otra, es la *ratio legis* del precepto, tras examinar conforme los criterios de la hermenéutica, la génesis de la elaboración y el iter de la aprobación del EBEP, resultando pues, que el Tribunal Supremo, sin justificación alguna, ha obviado todo ello en su resolución judicial.

III.2. Examen de la Doctrina Académica sobre el alcance del ámbito subjetivo de la disposición adicional primera del EBEP

Visto el proceso de elaboración y aprobación del proyecto de Ley del EBEP, estimamos adecuado para tener una visión completa de la cuestión examinando las consideraciones interpretativas mayoritarias y pacíficas que la doctrina académica (administrativa y laboral) ha realizado sobre este precepto, coincidiendo todos ellos en el mismo sentido, es decir, que la dis-

posición adicional primera del EBEP incluye sin duda alguna interpretativa a las sociedades públicas, dados los límites de extensión de este trabajo, nos vamos a limitar a un pequeño resumen de las posiciones más destacadas, en concreto:

- a) En el área administrativa podemos destacar a varios autores, y así, debemos comenzar por lo expuesto por Sánchez Morón (Presidente de la Comisión de expertos), que, a este respecto, considera que no existe duda alguna de la aplicación de esta disposición adicional primera a las sociedades públicas⁹ y así señala: «Debe recordarse también que todos estos principios son aplicables para la selección de personal de las entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el artículo 2 del EBEP, conforme a la disposición adicional primera de éste. Es decir, son aplicables a la selección de personal en las sociedades mercantiles públicas y en las fundaciones del sector público. Su concreción será diferente en estos casos, pues no existirá un procedimiento administrativo de selección en sentido propio. Pero los principios del EBEP deben quedar adecuadamente garantizados. Su infracción determinará la invalidez del contrato del personal seleccionado, que podrá reclamarse ante los órganos judiciales competentes.»

En este mismo sentido también se han manifestado Castillo Blanco y Jiménez Asensio¹⁰, para los cuales la regulación de la disposición adicional es clara y no presenta dudas sobre su extensión a las sociedades públicas, si bien, entiende que el EBEP ha resultado demasiado tímido a este respecto, ya que sus previsiones se debían haber aplicado de forma íntegra y no solo los principios para el acceso.

También resulta de interés las consideraciones de Cantero Martínez¹¹ la cual coincide en sus estudios con lo expuesto por los anteriores autores, incluyendo a las sociedades en el ámbito de aplicación del EBEP, vía disposición adicional, y también en la misma línea se encuentra Álvarez Moreno¹².

Otra opinión doctrinal muy destacable la encontramos en Quintana López¹³, el cual advierte de las exigencias del interés general y como consecuencia de ello, la necesidad de aplicación de los principios de mérito y capacidad en todo el sector público incluidas las sociedades públicas para la selección de su personal, mandato cumplimentado por la Disposición adicional primera del EBEP.

Finalmente, debo indicar que personalmente también he sostenido desde hace tiempo que

no existe duda posible de que las sociedades públicas se encuentran sometidas a las previsiones del EBEP, por medio de la disposición adicional primera, y a este respecto me remito a lo publicado¹⁴.

- b) En el área del Derecho Laboral, también podemos considerar que existe una posición pacífica a este respecto, y de forma resumida vamos a destacar algunas de ellas, así, podemos comenzar por Goñi Sein que de forma temprana en el XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social¹⁵, interpreto a este respecto, que no existía duda de que la finalidad del EBEP era su aplicación a la totalidad del sector público, incluyendo dentro del mismo a las sociedades públicas, y ello, conforme las previsiones de la disposición adicional primera del EBEP, sobre cuyo contenido y literalidad considera que no existe duda alguna, y es más añade que «el personal de éstas entidades del sector empresarial o fundacional público que sujetan su actividad a derecho privado, aunque se le atribuya el carácter de empleado laboral, conforma en realidad empleo público», para terminar señalando: el EBEP «...opta por no diferenciar entre entidades públicas de uno u otro tipo y por exigir a todo el personal de las entidades del sector público no comprendidas en el artículo 2 la aplicación de unos pocos principios del Estatuto Básico, los referidos en los citados artículos 52, 53, 54, 55 y 59 del EBEP».

Continuando con este criterio interpretativo nos debemos referir a López Gómez¹⁶, el cual también mantiene el mismo criterio de considerar que las previsiones del EBEP, recogidas en la citada disposición adicional resultan de aplicación a las sociedades públicas. También se manifiesta De Nieves Nieto¹⁷ de forma clara y detallada en el mismo sentido interpretativo de incluir en el ámbito de aplicación del EBEP, a efectos de la aplicación de los principios de selección a las sociedades públicas. A estas iniciales posiciones debemos añadir lo expuesto por Molina Navarrete¹⁸ y Vivero Serrano¹⁹, coincidentes con las de los otros autores y que resultan muy ilustrativos a este respecto.

Continuando con el breve repaso a la doctrina académica en el ámbito laboral resulta adecuado acudir a Quesada Lumbreras,²⁰ el cual considera que la regla general es la aplicación del EBEP al personal de toda Administración o entidad que, jurídicamente, tenga carácter público, es decir, personalidad jurídica pública. Señala este autor que a las sociedades y fundaciones del sector público, les resulta también

de aplicación sin duda las previsiones de los artículos 52, 53, 54 y 55 del EBEP, incluyendo los principios rectores de acceso al empleo público, y también en el mismo sentido se manifiesta Fernández Ramos²¹.

Como puede apreciar el lector, tras este breve, pero exhaustivo examen de la doctrina académica tanto administrativa como laboral, es indudable que existe un consenso pacífico y consolidado de interpretación sobre el alcance de la disposición adicional primera del EBEP, fundamentando tanto en los criterios objetivos de interpretación, (sentido literal de las palabras y sistemático), como en fundamentos axiológicos, si bien, nos encontramos en estos momentos con una decisión judicial del Tribunal Supremo que quiebra toda esta doctrina, y ello, como intentare explicar en los siguientes apartados sin un preciso y fundamentado argumentarlo jurídico, de forma que como veremos nos encontramos ante una decisión de voluntarismo jurídico por la cual se quiebran principios jurídicos constitucionales y sociales, sin una argumentación suficiente para justificar el establecimiento de una doctrina judicial de la que se derivan tan graves consecuencias para los ciudadanos y también muy gravoso para el erario público.

IV. Breve excursus sobre la aplicación del orden axiológico constitucional y sus principios al empleo público laboral, en sentido lato

Efectivamente, es criterio pacífico en el ámbito administrativo que la Constitución ha optado con carácter general por una relación de naturaleza jurídico funcional en las relaciones de empleo público, como consecuencia de esta opción el constituyente incorporó un precepto que con carácter específico regula estas relaciones, nos referimos al artículo 103.3 (C.E.), y entre los contenidos del citado precepto además de establecer la necesidad de un «Estatuto de los Funcionarios», se encuentra la exigencia del respeto por parte de la administración de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la condición de funcionario, ahora bien, como ya hemos expuesto en otro trabajo²² como la configuración de la administración y del empleo público debe ser comprendida desde el examen conjunto de las previsiones

de los artículos 1.1 y 103.1 de la Constitución, preceptos que se constituyen en el frontispicio de la configuración constitucional de la administración pública, y como consecuencia de ello, los contenidos específicos del artículo 103.3 son directa consecuencia de los mandatos contenidos en el apartado primero del mismo artículo y del orden axiológico establecido en el artículo 1.1 de nuestra Constitución. Así, el reconocimiento expreso de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la condición de funcionario tienen su fundamento no solo en las previsiones del apartado tercero del artículo 103 C.E. si no que su razón de ser se encuentra en los principios organizativos de la Administración que informan su configuración de manera omnicompreensiva, es decir, la incluir entre otros el principio de descentralización organizativa, no hay duda de su aplicación subjetiva se extiende a lo que podemos denominar actualmente «sector público» y que son recogidos en el apartado primero del citado artículo, en concreto, nos referimos a los principios de objetividad y eficacia, de manera que los principios de mérito y capacidad se constituyen en una concreción de las obligaciones derivadas de los principios del artículo 103.1.

Efectivamente, la cuestión no radica en buscar una definición del concepto de «función pública» lo suficientemente amplio que permita incluir en el mismo al personal con relación jurídico laboral y de esta manera reclamar la aplicación de las previsiones del artículo 103.3 para este personal, sino en ubicar sistemáticamente a este último artículo, así, a nuestro entender las referencias expresas del apartado tercero deben ser examinadas a la vista del primer pronunciamiento, es decir, el establecimiento de un «Estatuto de los funcionarios públicos», cuyo contenido mínimo exigible viene configurado por el resto del contenido del apartado, en ese sentido recordemos la S.T.C. 99/1987, y por lo tanto, uno de ellos es el acceso de acuerdo a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Ahora bien, esto no significa que estos principios aplicables al acceso no resulten exigibles en el reclutamiento del personal laboral, al contrario, de la misma manera que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 178/1989, de 2 de Noviembre que resolvía el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra ciertas previsiones de la Ley 53/1984 sobre incompatibilidades, al analizar el ámbito subjetivo de aplicación de esta norma la extiende tanto al personal funcionario como laboral, pero la fundamentación constitucional de la decisión es diferente, en el caso del personal funcionario se ubica la misma en el art. 103.3 C.E., en especial, y con carácter general en el apartado primero del citado artículo, por contra la extensión al personal laboral se fundamenta exclusivamente en las previsiones del 103.1 C.E., es decir en los principios

organizativos que afectan a toda la actividad administrativa en relación a la totalidad de las relaciones de empleo público, por ello, entendemos que conforme la anterior argumentación son las previsiones de los principios de objetividad y eficacia recogidas en el artículo 103.1, las que sirven de fundamento para reclamar para la totalidad del empleo público (funcionarios y laborales), la aplicación de unos principios comunes en el acceso, en concreto, los de igualdad, mérito y capacidad.

Lo anteriormente expuesto supone que el principio de objetividad reconocido por el artículo 103.1 de la Constitución exige en el ámbito de las relaciones de empleo que la administración, en sentido lato, no pueda reclutar libremente a su personal, es decir, solamente podrán acceder al empleo público aquellos ciudadanos que acrediten ser los más idóneos, de manera que el citado principio se constituye en proyección del Estado Democrático (art. 1.1 C.E.), como explicamos en otro trabajo²³, y por ello, se garantiza la existencia de una auténtica «neutralidad administrativa», cuyo único fin es la satisfacción del interés general, pues toda actuación que se encuentre orientada al reclutamiento del personal en función de su adscripción política tras la correspondiente alternancia en el poder atentaría directamente a la esencia del Estado Democrático en su proyección sobre la configuración de la administración pública, y por ende al principio de objetividad, el cual debe informar toda la actuación de las administraciones públicas (sector público), de modo que también daríamos cumplimiento a las exigencias del artículo 9.3 de la Constitución que establece la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Por otro lado, un acceso al empleo público que respete el principio de objetividad supone que solo se incorporan los más idóneos, y como consecuencia de ello, el desarrollo de la actividad pública se realizara de manera eficaz en la satisfacción de los intereses generales, pues solamente a través de una correcta utilización de medios materiales y seleccionando a los más idóneos será posible dar cumplimiento a la exigencia constitucional prevista en el artículo 103.1, en concreto, el principio de la eficacia, que se constituye en pieza clave de la proyección del orden axiológico constitucional sobre la administración pública, en sentido lato, y en especial del Estado Social. Como consecuencia de lo expuesto solamente nos queda preguntarnos cuales son los parámetros o principios que pueden predicarse de manera necesaria y común para dar cumplimiento a los principios de eficacia y objetividad en la selección de los empleados públicos, y la respuesta no puede ser otra que la que la propia Constitución nos orienta, es decir, los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En torno a la concurrencia de las previsiones del artículo 14 de la Constitución, es decir, del principio de igualdad, ha quedado acreditado su directa aplicación a todas las relaciones de empleo público, conforme ha declarado tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional y así, podemos indicar de manera somera siguiendo la evolución jurisprudencial al respecto, que la igualdad prevista en el artículo 14 de la Constitución no debe ser concebida bajo criterios absolutos, pues igualdad es tratar igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales de manera que no toda actuación de los poderes públicos que establezca desigualdades es inconstitucional sino que lo que debemos exigir es que la misma se encuentre fundamentada por criterios razonables, objetivos y proporcionales con el destino de la actividad, a este respecto destacamos las Sentencias del Tribunal Constitucional 142/1986, 192/1986 y 281/1993.

Como consecuencia de lo anterior, a nuestro entender, se puede y debe establecer una directa conexión sistemática entre el artículo 14 de la Constitución y los principios organizativos previstos en el artículo 103.1 CE (Principios de objetividad y eficacia) que son proyección del orden axiológico recogido en el artículo 1.1 CE, y en especial del Estado Democrático y Social, pues recordemos como señalamos en un trabajo anterior²⁴ que el diseño completo del orden axiológico constitucional se estructura a través de las previsiones del artículo 1.1 y 10.1 de la Constitución que a su vez ordenan y configuran el Título I de la Constitución y en este orden desempeña el papel de cabeza de puente de las previsiones del artículo 14 que se encuentra sistemáticamente ubicado al inicio del Capítulo II, de forma que irradia toda su influencia sobre la parte dogmática constitucional, en especial, y sobre el resto del texto constitucional dada su conexión al orden axiológico con carácter general por lo cual ninguna duda existe sobre la exigencia en el acceso al empleo público conjuntamente con los principios de mérito y capacidad de la concurrencia del principio de igualdad.

Por lo tanto, a nuestro entender existe una clara fundamentación constitucional, en concreto, las previsiones de los artículos 14 y 103.1 de la Constitución, que reclaman la exigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de todos los empleados públicos con independencia del tipo de relación jurídica que se constituya, de manera que se configuran como principios comunes a todo el empleo público y dada que su fundamentación no se encuentra residenciada en ningún precepto específico de alguna de las relaciones sino que responden a los principios que ordenan la administración pública, en sentido lato, y que permiten su conexión con el orden constitucional (art. 1.1 y 10.1 CE).

V. Examen crítico de los argumentos formulados por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), para excluir la aplicación los principios de selección establecidos en el TREBEP a las sociedades públicas

En este punto del trabajo nos enfrentamos a la cuestión central, en concreto, el contraste entre los términos «exactos y precisos» del TREBEP, y la interpretación, a nuestro juicio, disfuncional que realizan los TSJ y el Tribunal Supremo en sus sentencias, y que son objeto de examen. Lógicamente nos centraremos en el examen doctrinal y legal del estricto concepto incluido en el TREBEP, en concreto, «sector público», sobre cuyo alcance el Tribunal Supremo discrepa, lo que no es óbice, para que realicemos posteriormente una pequeña consideración sobre el orden axiológico constitucional y el empleo público.

V.1. ¿Existe un concepto doctrinal y normativo de «Sector Público general»?

La razón de efectuar esta pregunta radica precisamente en que como ya hemos señalado anteriormente el Tribunal Supremo ratificando la fundamentación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), Sección 1.ª Rec. 603/2017, fundamenta su declaración en el rechazo tácito del concepto «Sector público» general, acogándose a una distinción entre el subsector público administrativo y subsector público empresarial, el cual considera sometido, a su juicio, a un régimen jurídico específico y excluyente que como consecuencia de ello según afirma el TSJ de Madrid: «...el personal laboral que presta servicios por cuenta y orden de sociedades mercantiles públicas —sector público empresarial— cual sucede con la demandada, independientemente de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra Carta Magna, ni tampoco el EBEP».

Centrada la cuestión objeto de examen resulta adecuado y necesario examinar el origen y marco normativo regulatorio del término «Sector Público», en su sentido amplio o general, y ello, por cuanto, y esto es

esencial, la Disposición adicional primera del TREBEP, como ya hemos visto se refiere literalmente a ese concreto ámbito de aplicación general, sin distinciones ni discriminaciones.

1. Examen de los estudios doctrinales sobre el concepto de «Sector Público»

Así, podemos comenzar señalando que nos encontramos ante un concepto que puede ser calificado de tradicional en el ámbito del Derecho Administrativo, y que desde comienzos de los años 50 del pasado siglo XX ha estado asociado al conjunto actividades prestacionales asumidas por o reservadas al Estado para satisfacer necesidades colectivas de interés general, es decir, los servicios públicos como de forma detallada explica Parejo Alfonso²⁵; ahora bien, sin remitirnos a los iniciales trabajos de Villar Palasi²⁶ al respecto en nuestro país, y centrados ya en momentos post constitucionales, es preciso tomar en consideración en términos económicos presupuestarios en los iniciales trabajos de Albiñana y jurídicos en los de Martín-Retortillo²⁷, que sientan las bases normativas y económicas para la delimitación de este término, así, el primero de estos autores señala que estamos en presencia de un término técnicamente creado por la Contabilidad Nacional, añadiendo el segundo autor, que este término tiene en estos momentos una regulación delimitadora en varias normas, en concreto cita la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, sustituida por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, que a estos efectos resulta mucho más esclarecedora como veremos. Así afirma Martín Retortillo²⁸: «El concepto de sector público así entendido hace abstracción total del carácter público o privado de las personificaciones que llevan a cabo la actividad; también, de los procedimientos a través de los que se realiza: se trata, pues, de considerar desde una perspectiva económica y, principalmente, financiera, toda la actuación referible de una u otra forma a la Administración. Planteamiento al que, por lo que hace al sector público estatal, responde también el art. 134.2 CE cuando señala que «la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal» se incluirá en los Presupuestos Generales del Estado». En el mismo tiempo y sentido, destacamos también a Martín Mateo²⁹, que establece de forma clara en su obra un concepto de sector público que sin duda comprende a las sociedades públicas, e incluso explica con detalle la necesaria incorporación al mismo, de las entonces denominadas «empresas públicas», figura equivalente a las actuales «sociedades públicas».

Por otro lado, también resultan de interés los trabajos de Ariño Ortíz³⁰, que como los anteriores autores no

presenta duda en la delimitación del término «sector público» y la inclusión en el mismo de las sociedades públicas, además del resto de administraciones generales, entidades de toda clase y organismos autónomos administrativos. También es destacable la opinión a este respecto de Rivero Ortega³¹, que con relación a la configuración de un único sector público general que incluye a las sociedades públicas y su régimen jurídico, y que señala expresamente: «Existen elementos normativos comunes a todo el sector público, con independencia de sus distintas expresiones organizativas». Finalmente, resulta ilustrativa la posición de Cueto Pérez³² en el mismo sentido que los anteriores autores, añadiendo además una consideración de gran importancia por su trascendencia en las consideraciones finales de este trabajo, en concreto, señala: «En principio, cuando la Administración desarrolla esta actividad no está investida de poderes públicos, por lo tanto, esta actividad no constituiría actividad administrativa, pero aun siendo esto así, el hecho de que la misma se desarrolle a través de fórmulas societarias que se nutren íntegra o mayoritariamente de fondos públicos ha llevado a una llamada de atención generalizada sobre la necesidad de que dicha actividad empresarial pueda responder a algunos de los principios constitucionales que rigen la actuación de las Administraciones públicas (legalidad, eficacia, eficiencia, coordinación, objetividad, prohibición de la arbitrariedad, mérito y capacidad, imparcialidad)», en este mismo sentido se manifiestan también Borrajo Iniesta, Ortega Álvarez y Saz Cordero.³³

Como conclusión a lo expuesto podemos afirmar que el concepto «sector público», es concebido de forma pacífica y consolidada por nuestra doctrina académica como la expresión que comprende la totalidad de la actividad del Estado, en su sentido más amplio, es decir, comprendiendo la totalidad de nuestras administraciones generales territoriales, así como sus administraciones institucionales, agencias y demás tipos de entidades públicas, y finalmente el área empresarial, es decir, las sociedades públicas con participación mayoritaria de cualquiera de estas administraciones.

2. Una breve aproximación a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el concepto de «Sector Público»

En segundo término, resulta de gran interés los tempranos pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto, que examina la cuestión de si las administraciones públicas, en su condición de empleados en las formas de derecho privado (sociedades públicas), pueden ser consideradas poderes públi-

cos, y la respuesta resulta ser afirmativa conforme la STC 35/1983, de 11 de mayo, extiende el concepto de poder público incluso a los entes interpuestos, mediante la utilización de personalidad jurídico privada, de forma que no puede evitar el cumplimiento de los mandatos constitucionales de igualdad de trato, de interdicción de la arbitrariedad y de sometimiento a la Ley y el Derecho, y tal como considera López Gómez³⁴: «Con esa base, se podría igualmente deducir que la adopción de técnicas de derecho privado respecto de las relaciones laborales no exime del cumplimiento de los mandatos constitucionales», y en el mismo sentido tenemos la STC 14/1986, de 31 de enero, que considera que la sujeción al Derecho privado no puede ser concebida como una habilitación para eludir las reglas básicas que aquellas deben seguir por mandato constitucional, debiendo respetar los principios constitucionales que informan su actividad, e igualmente la STC 128/1987, de 16 de julio.

La claridad y sentido de los pronunciamientos de este Alto Tribunal, resulta totalmente coincidente con las posiciones doctrinales anteriormente expuestas, de forma que podemos afirmar que existe un concepto preciso y pacífico sobre el alcance subjetivo del término «Sector Público», dentro del cual, por supuesto existen subsectores, a los que se refiere curiosamente el propio Tribunal Supremo (sector público administrativo, institucional o empresarial), como veremos posteriormente en la regulación normativa de este concepto.

3. Examen del vigente marco normativo delimitador del concepto legal de «Sector Público»

Tras comprobar que tanto por la doctrina académica como por el Tribunal Constitucional existe un consenso total sobre la existencia y configuración de un concepto de «Sector Público», de carácter general, es decir, que abarca a la totalidad de las formas instrumentales de actuación de las administraciones públicas, incluidas las sociedades públicas, lógicamente debemos pasar a una segunda fase de estudio, y esta no puede ser otra que el examen del vigente marco legal y la existencia de una regulación sobre este concepto general, si bien, excluimos del análisis la legislación autonómica, y ello, por cuanto la naturaleza jurídica de la norma analizada (TREBEP), es de carácter estatal y básica y por ello, las referencias serán normas estatales básicas y de régimen general.

- a) Podemos comenzar por las previsiones del artículo 128.2 de la Constitución Española, que se refiere a este concepto general de forma expresa: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley

se podrá **reservar al sector público** recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

Efectivamente, este precepto no especifica directamente y de forma expresa el alcance subjetivo de este término, aunque la doctrina académica³⁵ al analizar este precepto, ha considerado de manera coincidente que la referencia al concepto «sector público», incluía sin duda alguna y en especial a la actividad de las administraciones a través de medios instrumentales, a lo que debemos añadir algunas sentencias del Tribunal Constitucional en el mismo sentido, entre otras muchas, STC 12/1982 y STC 127/1994, y más en concreto, las sociedades públicas. De forma que podemos considerar que no hay duda de que nuestra constitución reconoce la existencia de un concepto constitucional y, por ende, normativo de «sector público», que no establece discriminación alguna, al contrario, incluye sin debate, a las sociedades públicas.

- b) Alcanzado este punto, procede examinar una de las primeras normas estatales básicas que incorpora este concepto, en concreto, nos referimos a Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y a este respecto resulta muy ilustrativo el texto de sus artículos 2.º y 4.º³⁶, de forma que de su literalidad no haya duda alguna de que estamos en presencia de una regulación normativa básica, referida al ámbito económico y organizativo de nuestro Estado, en su sentido más amplio o anfibológico como lo califico el Tribunal Constitucional, de forma que esta norma incorpora a las sociedades públicas en el «sector público», que a su vez integra en este concepto todo tipo de subsectores.
- c) Otra norma básica y esencial con relación a la determinación legal y conceptual del término «sector público», en su sentido general, lo encontramos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria³⁷, que de forma clara, literal y precisa, determina que el «Sector Público estatal», se subdivide en diferentes subsectores, como venimos reiterando en nuestra exposición, de forma que las sociedades públicas, aunque se encuentran incluidas, cuestión esta que no discutimos, en el subsector público empresarial, esto no supone que no formen parte de un «todo» general, en concreto del término «Sector Público», que abarca en su configuración los diferentes ámbitos sectoriales.

- d) Asimismo, tenemos otra norma de especial importancia y transcendencia en nuestras administraciones, y que de hecho se ha constituido en un eje de interpretación sobre la actividad de las administraciones públicas, en este sentido nos podemos remitir a lo indicado por la STC 55/2018, en concreto, nos referimos a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que determina en su artículo 2³⁸, de forma clara, precisa y detallada, y además no solo a efectos nacionales sino con relación a los criterios de Unión Europea, el alcance subjetivo del término «sector público», de forma que no hay duda de la inclusión de las sociedades públicas, sin subterfugios de subsectores.
- e) Por otro lado, otra norma básica que nos permite acotar el sentido y alcance subjetivo del concepto sector público, lo encontramos en la sobradamente conocida Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a este respecto no podemos evitar remitirnos a la lectura de un innovador y excelente trabajo de Gamero Casado³⁹ sobre el papel del derecho administrativo y el sector público en los tiempos actuales. Pues bien, como señala el citado autor la citada ley establece un concepto de administración pública en «sentido amplio o lato», que se corresponde con la incorporación del concepto de «sector público» en su artículo 2.º, y su correlación con los artículos 111 y siguientes de la misma norma, de forma que nos encontramos ante el mismo concepto omnicompreensivo al que nos venimos refiriendo.
- f) Otra norma básica de referencia a destacar son las previsiones de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, modificada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local⁴⁰, la cual al establecer dentro de la política de restricciones emprendidas por el Estado Central con motivo de la crisis económica, establece un régimen especial para redimensionar el «sector público local», como categoría general incluyendo dentro del mismo a las sociedades públicas, al igual que otras entidades y organismos. De forma que tenemos otro ejemplo legislativo del alcance del término sector público general. Y dentro de esta misma norma básica es de destacar las previsiones del «artículo 103.1 bis. Masa salarial del personal laboral del sector público local» de la precitada norma referidas al personal al servicio del sector público de las

entidades locales, que señala: «Las Corporaciones locales aprobarán anualmente la masa salarial del personal laboral del sector público local respetando los límites y las condiciones que se establezcan con carácter básico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado».

- g) Finalmente, las Leyes Generales de Presupuestos del Estado, son otro clarificador y prístino ejemplo de la existencia y configuración de un concepto de sector público general desde hace muchos años, y con especial referencia a las «Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público»⁴¹, especificando de forma detallada e indubitada el ámbito subjetivo del sector público, sin distinciones o subclasificaciones, que las sociedades públicas están incluidas dentro de este concepto general, con independencia de su incorporación a otros subsectores.

Como conclusión final de todo lo expuesto podemos afirmar que la respuesta a nuestra pregunta inicial es clara y contundente, y esta tiene un sentido afirmativo, efectivamente, si existe un concepto doctrinal y normativo del término «Sector Público», en sentido general, que comprende dentro del mismo otros subsectores, lo que supone que cualquier referencia general normativa a este término, no habilita para establecer interpretaciones que atribuyan excepciones o usos discriminatorios en función de la pertenencia a uno de los subsectores incorporados al concepto general, ya que, si se quisieran establecer regímenes diferenciados, el legislador necesariamente lo debería haber regulado de forma expresa en la norma, especificando a que subsectores no resultaban de aplicación sus previsiones.

V.2. La sorprendente y disfuncional aplicación, por el Orden jurisdiccional de lo social, de las reglas de interpretación de las normas jurídicas

Como hemos acreditado en los apartados anteriores, no hay debate posible sobre la existencia y reconocimiento tanto académico como legal de un concepto de «sector público general», que está conformado a su vez por diferentes subsectores, entre los que se encuentra el subsector público empresarial y, por lo tanto, el primer concepto está determinado de forma clara y precisa, resultando por ello, inexplicable el proceso de interpretación del contenido de la disposición

adicional primera del TREBEP por parte de la Jurisdicción Social, que sin explicación alguna rechaza tácitamente una interpretación integrativa y completa del concepto de «sector público», y acude sin argumentación alguna, salvo una alegación referida a una legislación sectorial incongruente a la que nos referiremos posteriormente, a la aplicación de un subsector del mismo, de forma que es imposible encontrar cuáles han sido las reglas de interpretación de las normas jurídicas que han utilizado estos tribunales, lo cual nos lleva necesariamente a la necesidad de realizar un breve repaso de las citadas reglas, conforme lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, a los efectos de encontrar cual debería ser el recto sentido interpretativo de esta disposición.

1. Aproximación a la regulación normativa de las reglas de interpretación de las normas jurídicas⁴²

Podemos definir la interpretación de la norma como la investigación del sentido de la misma; la determinación de su contenido y alcance efectivo para determinar su precisa extensión y la posibilidad de su aplicación al caso concreto que por ella ha de regirse. Indudablemente la primera y preferente regla interpretativa es siempre la literal, si los términos de la Ley son claros ha de estarse al sentido gramatical, y así el mecanismo interpretativo no ha de ponerse en marcha si la norma legal aparece redactada con tal claridad y precisión que su contenido, el alcance de lo establecido, el sentido de su regulación y el ámbito material de su aplicación, se deducen del texto de manera tan patente que la interpretación del precepto deviene innecesaria, ineficaz, pudiendo conducir, como afirma alguna resolución judicial, a deformar la intención del legislador llevando a soluciones jurídicas distintas o contrarias a las que efectivamente la norma establece, y mucho nos tememos que, como expondremos posteriormente, este es el caso al que nos enfrentamos.

Dicho lo anterior, es preciso examinar las previsiones del Título Preliminar del Código Civil que establece en su artículo 3.1,⁴³ y sintetizando, podríamos ofrecer un resumen siguiendo a Diez-Picazo⁴⁴, de estos criterios:

1. El criterio gramatical ha de entenderse, más que como pauta, como límite. La comprensión propuesta del precepto no puede chocar con la significación concreta (la acepción ordinaria o técnica) de su tenor literal.
2. La referencia al contexto apunta a la inclusión de la norma en la correspondiente institución o sede normativa, sedes materiae.
3. La atención a los antecedentes históricos o legislativos persigue una función propiamente

auxiliar o subordinada, en cuanto ayude para entender el sentido de la norma.

4. La atención a la realidad social del tiempo, en que la norma ha de ser aplicada, presupone que un texto es susceptible de renovadas potencialidades con el paso del tiempo. Ejemplo: la evolución en la comprensión del artículo 1.902 del Código Civil hasta incluir la responsabilidad objetiva.
5. La obtención del espíritu o finalidad de la norma.

Por último, es preciso añadir que el referido artículo, artículo 3.1 del Código Civil, debe ser complementado con otros preceptos del propio Título Preliminar sin los cuales la interpretación pudiera resultar incompleta o insuficiente. En concreto, el artículo 1.4 en cuanto que se refiere a los principios generales del derecho, artículo 1.6 y la función de la jurisprudencia, también el artículo 3.2 con relación a la utilización de la equidad y finalmente, el artículo 4.1 con relación a la aplicación analógica de las normas.

2. Examen de algunas declaraciones jurisprudenciales sobre el proceso de interpretación de las normas jurídicas

Tras lo expuesto en los apartados anteriores, donde hemos acreditado que el concepto «sector público» de carácter general, se encuentra perfectamente acreditado normativamente, que es el marco de referencia al que debemos referirnos en primer lugar para la interpretación de una norma, y a la vista de las reglas de interpretación de las normas expuestas anteriormente, estimamos que resultará ilustrativo examinar las propias declaraciones jurisdiccionales a este respecto, partiendo de una premisa previa, en concreto, del aforismo «*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*», ya que, nos encontramos ante la utilización parcial y sin justificación de un concepto legal diseñado y concebido legalmente por el legislador como un todo. De forma que estamos en presencia en un supuesto de interpretación literal de la norma, al que resulta de aplicación el principio «*in claris non fit interpretatio*».

Así pues, conforme lo expuesto resulta adecuado comenzar por el más alto tribunal de nuestro país, en concreto, el Tribunal Constitucional, que en su STC 148/2012, de 5 de julio, señala: «No estamos, por tanto, ante una regulación que permita varias interpretaciones, pudiendo elegir de entre estas aquella que resulta conforme a la Constitución, sino de preceptos cuya literalidad es clara y no deja margen para interpretaciones alternativas (*in claris non fit interpretatio*), por todas STC 138/2005, de 26 de mayo FJ 5 y las allí citadas».

Por otro lado, el propio Tribunal Supremo con relación a esta cuestión ha elaborado una amplia jurisprudencia de la que podemos resumir:

1. *Es principio rector de la hermenéutica jurídica, que las leyes claras no son susceptibles de interpretación* (STS Sala 3.ª de 25 septiembre de 1985).
2. *Cuando el precepto que haya de aplicarse sea claro y terminante, huelga todo comentario e interpretación* (STS Sala 1.ª de 26 noviembre de 1966 y STS Sala 3.ª, de 25 septiembre 1985).
3. Y finalmente, en el mismo sentido, las más recientes sentencias (STS Sala 3.ª, de 20 de febrero de 2015 – Rec. n.º 3963/2013 y STS Sala 2.ª de 27 de febrero de 2015, Rec. n.º 10711/2014).

Ahora bien, también es preciso tomar en consideración los otros criterios que como hemos señalado también son reglas de interpretación, y que en este caso también resultan determinantes, por cuanto como hemos expuesto en apartados anteriores, el proceso de elaboración y aprobación de la norma, explican de forma clara y precisa la «*ratio legis*», y a este respecto, destacamos:

1. *Las normas no han de interpretarse tan sólo por su letra o texto gramatical, sino, según el art. 3. 1.º CC, también por su contexto y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas* (STS 3.ª, de 28 noviembre 1984)
2. *No se puede dar una interpretación más auténtica que la del propio legislador cuando declara el sentido de una disposición legal, según el principio unde ius produit interpretatio quo que procedat; sin que tal suponga, en modo alguno, atribuir eficacia retroactiva a la nueva disposición legal interpretativa, y sí tener en cuenta que viene a ratificar la doctrina sentada por la jurisprudencia en su papel de complemento del ordenamiento jurídico conforme el art. 1.6.º CC (TS 6.ª, S. 3 dic 1984).*

Sin olvidar finalmente, que si el Tribunal Supremo hubiera podido considerar al concepto de «sector público» como un silencio o falta de concreción del legislador, lo que no ocurre a nuestro juicio tal como hemos explicado anteriormente, debería haber tenido en cuenta su propia doctrina cuando señala: *El silencio del legislador sobre un punto determinado no puede interpretarse en un sentido positivo ni negativo, por sí mismo, salvo precepto expreso que así lo disponga, sino que debe elucidarse en razón de la lógica interna del propio precepto y del conjunto normativo en que se inserta* (STS Sala 4.ª, de 5 febrero de 1985).

Todo lo expuesto, confirma nuestras consideraciones iniciales sobre la inexistencia de fundamento alguno para que se haya establecido el uso de un subsector no previsto en la Ley (TREBEP) para fundamentar las sentencias, y, por otro lado, cuáles pueden ser las desconocidas reglas de interpretación para la doctrina, que ha utilizado la Jurisdicción Social para efectuar ese análisis. Por ello, en estrictos términos de debate jurídico, a nuestro juicio, la interpretación que realiza la Jurisdicción Social sobre el alcance subjetivo del concepto «sector público», no resulta respetuosa con las reglas de interpretación de las normas.

3. La inaplicabilidad de la legislación de apoyo utilizada en las sentencias

A la vista de lo expuesto, no hay duda de que la cuestión central y determinante gira en torno al concepto legal «sector público», y la inexplicable decisión interpretativa que al respecto ha realizado el Tribunal Supremo, de forma que para sostener formalmente su decisión acude a un subsector perteneciente al «Sector Público», con el fin de justificar la huida del control legal de los procedimientos de acceso al empleo en las sociedades públicas, financiadas todas ellas por los impuestos de los ciudadanos directamente a través de los Presupuestos Generales de cada administración.

No encontramos en ninguna de las sentencias, explicación alguna sobre qué clase de reglas de interpretación de las normas han utilizado los tribunales para obviar la aplicación de las reglas básicas interpretativas con relación al concepto de «sector público», término que como hemos visto se encuentra tanto doctrinal como legalmente perfectamente acotado y delimitado, y por ello, tal como hemos referido anteriormente, resultan de directa aplicación las siguientes reglas: «*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*», así como «*in claris non fit interpretatio*», que colisionan directamente con el resultado operativo de las sentencias objeto de crítica. Es más, la declaración de estos tribunales en sus sentencias supone también un olvido absoluto del criterio interpretativo teleológico, es decir, la finalidad de la norma, ya que, no se ha tenido en cuenta, en forma alguna, el proceso de elaboración y aprobación de la Ley, que como hemos visto no presenta dudas ni fisuras alguna, sobre la finalidad de la disposición adicional primera del EBEP, y que se concreta en la decisión de someter a las sociedades públicas al control sobre el desarrollo de los procesos de selección de su personal, rechazando la situación de clientelismo arbitrario que ha caracterizado el desarrollo de esta clase de entidades sometidas, en principio, al derecho privado.

Dicho lo anterior, y por si no fueran suficientes las razones y argumentos anteriormente expuestos, y a efectos de mero debate jurídico, vamos a realizar un examen de las normas utilizadas por estos tribunales para justificar la inaplicabilidad de la Constitución Española y del TREBEP, que resultan a nuestro juicio inaplicables, así:

- a) Lo primero que debemos destacar es que los Tribunales Superiores, cuyo razonamiento es asumido por el Tribunal Supremo, exponen como fundamento de sus conclusiones de exclusión, en primer lugar, la existencia de un «sector público empresarial», con características diferenciadas al «sector público administrativo», estableciendo una distinción de especie sobre el género (Sector público), no prevista en el TREBEP, y ello, sin acreditar que reglas de interpretación han podido conducir a esa conclusión, cuestión esta sobre la que ya hemos acreditado sobradamente en los anteriores apartados carece de justificación alguna, y resulta manifiestamente disfuncional, cuando menos, con el vigente ordenamiento jurídico, y por lo tanto, no vamos a reiterar todo lo ya expuesto.
- b) Dicho lo anterior, también nos encontramos que establecida esa discriminación interna del concepto de «sector público», estos tribunales acuden a un determinado marco normativo estatal, que, a su juicio, justifica la exclusión de la aplicación del TREBEP, en concreto, nos referimos a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), pues bien, a este respecto es preciso destacar una serie de observaciones sobre ese razonamiento:

1. Las previsiones de la LOFAGE, citadas por los tribunales, en concreto, la Disposición adicional duodécima, se refiere, única y exclusivamente a las sociedades públicas estatales, y en el mismo sentido y alcance, el artículo 166.2 de la LPAP. Es decir, de una normativa con un ámbito subjetivo perfectamente delimitado (Estatal), se extrae una conclusión de aplicación general al resto de las administraciones públicas, así pues, resulta imposible comprender, dentro de la sana crítica legal, esta clase de argumentos.
2. Pero es que, a lo anterior, debemos añadir otra disfunción, en concreto, se utilizan las citadas normas para justificar la decisión, pero resulta que ambas son anteriores a la

aprobación del EBEP, es decir, resulta imposible que estas leyes establecieran una regulación que tuviera en cuenta el grave problema de clientelismo y arbitrariedad que denuncia la comisión de expertos y que provoca el cambio normativo del año 2007, al aprobarse la disposición adicional primera del EBEP.

Además, tampoco toman en consideración, una obviedad esencial, en concreto, que la LOFAGE fue objeto de derogación expresa por la Ley 40/2015, Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), y que esta última norma, con relación a las sociedades estatales, en su artículo 113 procede a la adecuación del régimen de estas a las exigencias legales del TREBEP, estableciendo: «Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación». La claridad del precepto se comenta por sí misma, al igual que el olvido de las sentencias.

3. Por si no fuera suficiente, nos encontramos con otra cuestión conflictiva, en concreto, de temporalidad y eficacia jurídica, así, es preciso tomar en cuenta que como hemos ya señalado la legislación utilizada para justificar la decisión es de fecha anterior a la entrada en vigor del EBEP, y resulta que las situaciones jurídicas objeto de examen por las sentencias, conforme su relato fáctico, nacen todas ellas a partir del año 2008, es decir, con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, de forma que volvemos al punto de partida sobre la eficacia del EBEP, que no puede negarse por el simple hecho de alegar una normativa anterior y claramente superada, ya que esta incorpora un nuevo régimen jurídico básico de aplicación obligada, naturaleza intrínseca al EBEP, cuestión esta sobre la que volveremos.

V.3. Examen de las razones jurídicas que obligan a la aplicación de la Disposición Adicional del TREBEP, a las sociedades Públicas

A la vista de lo expuesto en los anteriores apartados donde hemos comprobado la disfuncional aplicación

de las reglas de interpretación, así como la imposible utilización de la normativa estatal sobre sociedades públicas al resto de las administraciones territoriales, y tampoco a la estatal, conforme las previsiones de la LRJSP, estimamos necesario examinar la naturaleza jurídica de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del empleado Público, (actualmente RDL 5/2015, de 30 de octubre, TREBEP), pudiendo formular las siguientes consideraciones al respecto:

- a) El EBEP tiene la condición de legislación básica (Disposición final primera), y al amparo de esta atribución, su regulación prevalece a cualquier normativa estatal, autonómica o local, y como consecuencia de ello, incorpora un nuevo régimen jurídico básico de aplicación obligada, e incluso podríamos hablar de directo desplazamiento de cualquier legislación preexistente que colisione con sus mandatos⁴⁵. Dadas las limitaciones de espacio de este trabajo para un examen más detallado sobre el alcance y funcionalidad de la legislación básica nos remitimos a otro trabajo⁴⁶.
- b) Tampoco es posible acudir al argumento de la aplicación del principio «Lex specialis derogat generali», recordemos que este principio de especialidad rige las relaciones internormativas: la ley especial prevalece sobre cualquier otra de igual o inferior rango, desplazando la eficacia de esta última, de forma que por este medio se resuelve el problema del concurso de leyes o de conflicto aparente de las mismas mediante la aplicación preferente y prioritaria de la norma especial, sin embargo, no procederá aplicar la regla cuando la especialidad pueda ser atribuida a las dos leyes o normas en conflicto (STS, 1.ª, 30-IX-2010, rec. 670/2007).

Pues bien, en el presente caso nos encontramos que no existe colisión ni conflicto, ya que, las previsiones del TREBEP, por aplicación del principio esencial y prioritario de «competencia» atribuido constitucionalmente, tienen un carácter básico que despliegan su eficacia normativa sobre el conjunto del resto de la normativa estatal, autonómica o local, con independencia de su ámbito material de regulación. Pero es más, es que la propia legislación estatal (LRJSP), precisamente por aplicación de las exigencias de la legislación básica, la que deroga la LOFAGE e incorpora un nuevo marco normativo adecuado al TREBEP en su artículo 113, y en cuanto al resto de la normativa autonómica o local nunca ha existido esa supuesta colisión, y decimos «supuesta», porque tampoco lo existía con relación a la LOFAGE y la LPAP, ya que, las mismas regulaban unas de-

terminadas especialidades en el régimen jurídico de las sociedades públicas, lo que no puede entenderse como imposibilidad de que por una legislación posterior, se incorporen otras excepciones o modulaciones, como ha sido el caso del EBEP.

- c) Por último, podemos acudir a la reducción del absurdo para comprender la inconsistencia de los argumentos de las sentencias objeto de crítica, así, un examen conjunto de las previsiones de los artículos 2, 3, 4 y 5, con relación a la Disposición adicional primera del TREBEP, nos lleva a formular una pregunta, ¿si las sociedades públicas se encuentran excluidas del ámbito del «sector público», a qué otra clase de entidades puede referirse la misma?, y claro la respuesta sería ninguna, o quizás se podría argumentar que el precepto se refería en exclusiva a las fundaciones públicas, sometidas también al derecho privado, aunque este tema también ha sido solventado de forma rotunda por la LRJSP⁴⁷, adecuando su régimen legal a las obligaciones impuestas por el TREBEP. Es decir, las interpretaciones de estos tribunales conducirían al vaciamiento absoluto de las previsiones de esta disposición, de forma que parecería que el legislador aprobó una norma de imposible aplicación, pues no existía ámbito subjetivo de aplicación, la solución como vemos nos lleva al absurdo, y por ello, a ratificar que, a nuestro juicio, en estrictos términos de debate jurídico, la interpretación del Tribunal Supremo y los citados Tribunales Superiores carece de todo soporte normativo y argumental.

VI. La intromisión de la Jurisdicción Social y sus consecuencias

A nuestro juicio, estas sentencias objeto de este comentario es una manifestación más de un largo y proceloso proceso por el cual se está desarrollando un claro intento de consolidar la vis expansiva de la Jurisdicción social con referencia a las situaciones y actuaciones de las administraciones públicas con relación a las relaciones jurídico laborales, resultando uno ejemplo paradigmático la creación jurisprudencial de la figura del personal laboral indefinido no fijo, de nefastas consecuencias para el conjunto del empleo público. Así, debo reiterar mi crítica en otros trabajos⁴⁸ a la doctrina jurisprudencial del orden social que dio

origen a esta figura y proponer otra alternativa al respecto.

Efectivamente, el debate y lucha de jurisdicciones se ha resuelto de forma incorrecta provocando un grave daño al orden constitucional y por ende a un empleo público objetivo y profesional. Lo primero que llama la atención es la inexplicable «vis expansiva» de la jurisdicción social sobre el empleo público con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del indefinido no fijo, ya que, como se ha podido apreciar en todos los supuestos existe siempre de forma previa, como no podía ser de otra manera, una decisión o actuación administrativa (recuerdo que el acto administrativo tácito es una figura reconocida por nuestra jurisprudencia) por lo cual de forma previa a la formalización de la relación jurídica laboral se toma una decisión, da lo mismo que esta afecte a la renovación contractual, utilización de un tipo de contrato inadecuado legalmente, como a un uso en fraude de ley de las condiciones de un contrato administrativo (contrato de servicios), en todas estas actuaciones existe una actuación previa de la administración, y estas por su propia naturaleza se encuentran radicadas en el orden contencioso administrativo y no en el orden social.

Así, debo recordar que tanto por aplicación de la conocida doctrina de los «actos separables», como en especial por la propia doctrina consolidada de nuestros tribunales que excluyen de la competencia del orden social todos los procesos selectivos, en concreto, me refiero al recurso para unificación de doctrina que resolvió la Sala General del Tribunal Supremo que emitió dos Sentencias el 14 de octubre de 2000 (recursos núm. 3647/1998 y 5003/1998), declarando la incompetencia de la Jurisdicción Social, la doctrina unificada por las mencionadas sentencias del Pleno de la Sala, fue seguida luego por otras, como la de 7 de febrero de 2003 (R. 1585/02) y la de 3 de mayo de 2006 (R. 642/05), que atribuye el conocimiento de estas cuestiones al orden jurisdiccional contencioso administrativo, basándose en unas razones⁴⁹ que resultan de directa aplicación a este caso, es cierto, que en el caso de procesos de encadenamiento de contratos se podría argumentar la existencia previa de una relación contractual, pero precisamente porque la misma se ha extinguido es por lo que se produce la renovación, y esto supone la constitución de una nueva relación jurídica, que desde el criterio del orden contencioso administrativo resulta clara la competencia para examinar la legalidad de la decisión adoptada por la administración. Estas declaraciones jurisdiccionales se han mantenido en el mismo sentido, en posteriores pronunciamientos de diferentes Tribunales Superiores, así podemos destacar Tribunal Superior

de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5.ª, Sentencia de 9 dic. 2009, rec. 3892/2009 (LA LEY 280298/2009) y Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 12 de mayo de 2011, rec. Casación n.º 101/2010.

Entiendo que la actual configuración tanto de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su artículo 3, en concordancia con el artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, no impiden esta interpretación, y en todo caso, si se quiere ser efectivo y de una vez por todas poner freno a este profundo cáncer, de *lege ferenda*, modifíquese esta cuestión y se reconozca claramente la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa al respecto, pero reitero que no lo estimo necesario ya que simplemente estamos en presencia de un proceso de vis expansiva sin justificación alguna por parte de la jurisdicción social, aunque desde luego en estos momentos supongo que salvo por decisión normativa nadie va a querer renunciar a este juguete. Lógicamente la consecuencia en todos estos casos sería la nulidad de pleno derecho de la actuación administrativa, pues entre otras cosas se estaría violando derechos constitucionales susceptibles de especial protección constitucional (art. 18 y 23.2 CE), y como consecuencia de ello, la inexistencia del acto «efectos ex nunc» que conlleva también la desaparición de cualquier acto posterior.

Esta posición que es compartida en parte por Sala Franco⁵⁰, si bien, este la limita para los casos en que se haya producido una contratación de forma directa por la Administración prescindiendo de cualquier procedimiento de selección, por lo cual el contrato celebrado en esas circunstancias debería calificarse como nulo, y añade procedería que también procedería aplicar las previsiones del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, pagando al trabajador la remuneración correspondiente a los servicios prestados y extinguiendo la relación laboral, añadiendo que en estos supuestos, si la causa de nulidad no es imputable al trabajador, éste podrá exigir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración. Pues bien, estas últimas consideraciones formuladas por Sala son compartidas, entiendo que resulta razonable y comprensible la exigencias de responsabilidades y elementos indemnizatorios, siempre que quede acreditada la buena fe del trabajador, aunque ese es otro cantar, pero sigo manteniendo que el ámbito expansivo de situaciones y actuaciones administrativas que dan soporte fáctico a la figura del indefinido no fijo también se encuentran sometidas como he explicado al régimen previo de la jurisdicción contenciosa.

Finalmente, se puede argumentar de contrario los pronunciamientos recientes del TJUE, pero si se hace una lectura adecuada de los mismos, la clave se encuentra en que el citado tribunal lo que reclama en el fondo son medidas legislativas o también denominadas «medidas o razones objetivas» contra la temporalidad desahogada e injustificada de nuestro sector público y el fraude que existe en torno a ella, y por ello, estimo que las medidas de *lege ferenda* que he propuesto en otros trabajos⁵¹, y en especial las previsiones de la disposición transitoria trigésimo cuarta de la Ley 3/2017 LGPE, reiteradas en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, de forma que se cumplirían las exigencias de las citadas sentencias del TJUE, de manera que resulta innecesario acudir a la creación de nuevas figuras de la clásica imaginería española. Esto es solo un ejemplo destacado de otras áreas de conflicto, pero dadas las limitaciones de un artículo nos resulta difícil detallar las mismas, aunque nos podemos remitir a otro trabajo⁵² al respecto, con relación a la aplicación de la figura del despido improcedente y la opción indemnizatoria en el ámbito de las administraciones públicas.

Por lo tanto, si jurídicamente parece que la cuestión ofrece poco margen para la discusión en cuanto al cuestionamiento de estas sentencias por la ausencia de fundamento tanto en los criterios interpretativos utilizados, como en especial de justificación legal de las mismas, no podemos evitar preguntarnos si no estamos en presencia de una manifestación del tradicional conflicto de lucha de jurisdicciones y búsqueda de una «vis expansiva» sobre ámbitos competenciales por parte de la jurisdicción social en detrimento de la jurisdicción contencioso administrativa en el ámbito del empleo público en una reiterada interpretación excesiva, injusta y no acorde con el orden constitucional por parte de la Jurisdicción Social de un principio exclusivo del Derecho Laboral (carácter tuitivo del mismo), que no ostenta naturaleza constitucional, está pretende imponer este principio simplemente ordinamental, en el sentido clásico definido por Santi Romano, sobre los principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad, eficacia, objetividad, e interdicción de la arbitrariedad), que resultan rechazados de forma expresa en esas sentencias, lo que supone un grave deterioro para el eficaz y profesional desarrollo de nuestras administraciones públicas, en sentido lato, mandato expreso del artículo 103.1 CE que se proyecta sobre todo el sector público. Ante este panorama jurisprudencial y su análisis, este nos lleva a considerar que estamos en presencia una actuación planificada para obviar los principios constitucionales, en beneficio de principios simplemente ordinamentales sin la obligada y necesaria ponderación de las graves consecuencias de esas decisiones para el

presupuesto público y los derechos y expectativas de los ciudadanos en el acceso al empleo público, pues aunque se quiera negar lo obvio, estamos en presencia de empleados públicos, ya que los mismos perciben sus salarios con cargo directa o indirectamente a los presupuestos generales de las administraciones públicas.

VII. Conclusiones Finales

Primera. Nos encontramos ante unas decisiones judiciales de gran trascendencia jurídica y social, ya que conforme declara el Auto del tribunal Supremo, este asume la declaración del TSJ de Madrid: «al personal laboral que presta servicios por cuenta y orden de sociedades mercantiles públicas —sector público empresarial— independientemente de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los arts. 23.2 y 103.3 de la CE, ni tampoco el EBEP, lo que determina el éxito del recurso y que se califique la relación en la empresa de carácter indefinido».

Segunda. La argumentación jurídica del Auto del Tribunal Supremo y de las sentencias de los TSJ que siguen la misma línea de consideraciones, conforme lo expuesto anteriormente, no aportan justificación alguna de cuáles son las razones por las cuáles quiebran en su argumentación todas las reglas de la hermenéutica, además de presentar claras deficiencias interpretativas en la aplicación del ordenamiento jurídico vigente.

Tercera. Así, nos encontramos que este Auto del Tribunal Supremo y las citadas sentencias de los TSJ, obvian una cuestión esencial y determinante en su argumentación, en concreto, el carácter de legislación básica del TREBEP, lo que supone que cualquier legislación general o específica proveniente cualquier administración territorial, incluido también el Estado Central en la legislación referida a su propio ámbito subjetivo, está sometida a las previsiones de la legislación básica que incorpora un nuevo régimen jurídico básico de aplicación obligada, e incluso podríamos hablar de directo desplazamiento de cualquier legislación preexistente que colisione con sus mandatos, si bien, con las matizaciones que al respecto a incorporado el Tribunal Constitucional a las que nos hemos referido anteriormente⁵³, pero es que además en este caso no hay colisión sino en todo caso ausencia de regulación, que resulta complementada por las nuevas previsiones del TREBEP.

Cuarta. Además, hemos comprobado que tras examinar el proceso de elaboración y tramitación parlamen-

taria del EBEP, así como la doctrina académica pacífica, tanto administrativa como laboral, y el examen de la legislación general, que con relación al concepto «sector público», término recogido expresamente en la Disp. Adicional primera del TREBEP, nos encontramos ante un concepto legal, perfectamente delimitado, en cuyo seno existen varios subsectores, entre la que se encuentra el sector público empresarial, de forma que resultaría de aplicación necesaria las reglas «*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*» y como complemento «*in claris non fit interpretatio*», además de la incorporación de la regla del criterio teleológico, y todo ello, nos lleva a una única posible conclusión, que no es otra que considerar que las sociedades públicas se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación de la Disposición adicional primera del TREBEP, ya que el concepto legal de sector público comprende todos los subsectores. Algo que el Tribunal Supremo rechaza de forma tácita (dado que no aporta explicación alguna a esa discriminación), lo que resulta inexplicable conforme las reglas de interpretación normativa.

A lo anteriormente expuesto, debemos añadir las deficiencias aplicativas de la normativa utilizada por los tribunales, todas ellas anteriores a la entrada en vigor del EBEP, en concreto, nos referimos a la LOFAGE y la LPAP, y ello, por cuanto, como hemos acreditado anteriormente, en primer lugar, esa normativa solo despliega sus efectos en el ámbito de la administración del Estado Central, y en segundo lugar, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que la LOFAGE se encuentra derogada de forma expresa por la LRJSP, la cual curiosamente ya incorpora en su nueva regulación las exigencias del TREBEP, lo que no significa que en este punto no se encontraran ya superadas desde el año 2007 por aplicación debida de la legislación básica.

Desde luego, parece que el Tribunal Supremo no tiene en cuenta que el tema no está residenciado en la equiparación o no de ámbitos de cada subsector y sus diferencias de naturaleza o régimen jurídico de gestión, y ello, por cuanto, y está es la clave, la aprobación del EBEP y más en concreto, su disposición adicional primera, tiene precisamente la finalidad de poner coto al proceso de huida del derecho administrativo y de despilfarro económico y social sin control del subsector empresarial, y por ello, decide establecer un régimen general y común al conjunto del sector público, sin distinciones ni especialidades, salvo las ya previstas en la citada disposición adicional, y ello, encuentra su fundamento en el orden axiológico constitucional, que también rechaza el Tribunal Supremo, eso sí, sin aportar tampoco argumento jurídico alguno, y sobre esta cuestión dada su extensión y complejidad nos remitimos para un examen

más completo a López Gómez⁵⁴ y Fondevila Antolín⁵⁵, pero dicho esto es precisamente la existencia de un orden constitucional el que determina el sometimiento de todo el sector público a los principios constitucionales de legalidad, Objetividad, eficacia (103.1 CE) e interdicción de la arbitrariedad (9.2 CE), lo que conlleva asimismo la necesaria aplicación del artículo 103.3 de la CE⁵⁶.

Quinta. Como hemos señalado en un apartado de este trabajo, parece que estamos ante un proceso de intromisión jurisdiccional sobre ámbitos competenciales que le resultan ajenos, de forma, que las decisiones que se adoptan resultan forzadas y carentes de fundamento, generando un grave problema a las administraciones públicas y a una implementación del empleo público respetuosa con el mandato constitucional (principios de objetividad, eficacia, igualdad, mérito y capacidad) para el acceso al empleo público en todo el sector público. Las consecuencias de este proceso pueden resultar una auténtica bomba atómica en el centro neurálgico de todo el sector público, con un incalculable impacto negativo legal y social.

Sexta. Expuestas las conclusiones de carácter jurídico, es preciso también realizar una valoración social de las graves consecuencias de esta línea jurisprudencial, en concreto:

- a) Por medio de este Auto y sentencias se otorga patente de corso a los gestores directivos de las sociedades públicas para que con los fondos públicos provenientes de los presupuestos generales de cada administración, se pueda reclutar de forma arbitraria y sin control alguno a cualquier persona, sin resultar necesario que acrediten mérito o capacidad alguna, además de que con ello, se limite de forma arbitraria las posibilidades de cualquier ciudadano a optar al acceso a uno de estos puestos. Es decir, en «roman paladino», cualquier gestor público, sin objeción alguna podrá contratar con carácter de indefinido a toda su familia, en todos los grados, como asimismo a amigos, conocidos o, la vieja y consolidada institución nacional los «recomendados» por aquellos a los que debe su designación como gestor, recordemos que pasados 12 años seguimos a la espera de un Estatuto del Personal Directivo profesional. Lógicamente, las consideraciones anteriores no suponen que nuestra valoración suponga una generalización peyorativa sobre la actividad de los responsables gestores de sociedades públicas, que seguro resultaría injusta, sino que nos limitamos a detectar y advertir de un problema ya viejo y repetido en nuestro país.
- b) Resulta muy doloroso que en pleno siglo XXI, y tras una crisis económica que ha arrasado a

nuestro país, precisamente, entre otras causas, por el clientelismo, despilfarro y corrupción en nuestras administraciones, ahora nos encontremos que en vez de dar los necesarios pasos para una reforma que suponga una profesionalización y renovación del Sector público en su integridad para garantizar los intereses generales, (a este respecto resultan de gran interés diversos trabajos de Jiménez Asensio⁵⁷ y Ramió⁵⁸), nos encontremos con una vuelta a los modelos clientelares y arbitrarios del siglo XIX y XX, y ello, a pesar de los mandatos constitucionales, y en especial, el principio de la interdicción de la arbitrariedad.

Finalmente, esto no acaba aquí, sino que a la vista de la actual y problemática situación de la subrogación del personal de las sociedades públicas, como consecuencia de la asunción por la Jurisdicción Social de la doctrina del TJUE⁵⁹, en poco tiempo este personal, sin prueba alguna ni control, pasara a la condición de empleado público laboral de las correspondientes administraciones generales, y tras conseguir la primera fase, por exigencias sindicales se procederá a convocar la correspondiente promoción cruzada, mediante pruebas mínimas o simples cursos formativos, «aparentemente y formalmente» selectivos, y accederán a la condición de funcionarios de carrera. Perfecta conclusión a la espiral de corrupción y clientelismo que lleva afectando al país desde años, con las graves consecuencias para la vida de todos los ciudadanos, una curiosa interpretación y aplicación del principio de servicio a los intereses generales.

VIII. Bibliografía

- Albiñana García-Quintana, C. (1979). Los conceptos económicos en la Constitución: el sector público estatal. *Revista de Economía Política*, n.º 81, 11-23.
- Álvarez Moreno, A. M.^a. (2008). Comentario a la Disposición adicional primera. En Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, (p. 843-849). Cizur Menor: Thomson – Aranzadi
- Ariño Ortiz, G. (1979). La iniciativa pública en la Constitución: delimitación del sector público y control de su expansión. *Revista Administración Pública* n.º 88, 55-106.
- Borrajó Iniesta, I., (1993). El intento de huir del Derecho Administrativo. *Revista Española Derecho Administrativo*, n.º 78, 233-250.

- Cantero Martínez, J. (2007). Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas. En Luis Ortega Álvarez (Dir.). *Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid: La Ley – El Consultor.
- Castan Tobeñas, J. (2007). *Derecho Civil Español Común y Foral – Tomo I*. Madrid: Reus.
- Castillo Blanco, F. (2017). *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*. Barcelona: CEMICAL
- Cueto Pérez, M. (2016). Organización administrativa y crisis económica. En J. L. Piñar Mañas (Dir.), *Crisis económica y crisis del estado de bienestar: el papel del derecho administrativo: Actas del XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 18 a 20 de octubre 2012* (p. 371-380). Madrid: Editorial Reus.
- De Castro y Bravo, F. (1978). Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley. *Anuario de Derecho Civil*, n.º 4 (30), 809-858.
- De Nieves Nieto, N. (2011). El Acceso al empleo público laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* n.º 93, 47-75.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1989). *Sistema de Derecho Civil Vol.I*. Madrid: Tecnos, 7.ª edición.
- Fernández Farreses, G. (2003). El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía. *Revista Justicia Administrativa*, n.º 18, 7-21
- Fernández Ramos, S.(2011). La reordenación del Sector Público Andaluz. Reflexiones para el debate. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 80, 13-81
- Fondevila Antolín, J. (2000). *Constitución y Empleo Público*. Granada: Comares
- Fondevila Antolín, J. (2005). Reflexiones en torno al informe para la preparación de un Estatuto Básico del empleado público: especial referencia a la propuesta de reducción del contenido y alcance de lo básico. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*; n.º 298-299,169-228.
- Fondevila Antolín, J. (2010). La selección de los empleados públicos tres años después de la entrada en vigor de la ley 7/2007 EBEP: reflexiones sobre algunas de las cuestiones más representativas en su aplicación. Recuperado de http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/J_Fondevila_seleccion_empleados_3_EBEP.pdf
- Fondevila Antolín, J. (2018). *Manual para la Selección de Empleados Públicos*. 2.ª Edición. Madrid: El Consultor-Wolters Kluwer.
- Fondevila Antolín, J. (2018). *Problemas y soluciones al empleo público actual. Una valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP*. Granada: CEMCI.
- Gamero Casado, E. (2015). *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*. Granada: Comares.
- Garrido Falla, F. (1981). El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público. *Revista Española Derecho Administrativo*, n.º 29,225-238.
- Gimeno Feliú, J.M.ª. (1994). Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reserva al sector público de actividades económicas. *Revista Administración Pública*, n.º 135,149-212.
- Gómez-Ferrer, R., (1991). La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales. En vol. col. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría, Tomo V. Madrid: Civitas.
- Goñi Sein, J.L. (2009). Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto básico del empleado público. En *XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008* (p. 299-385). Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración.
- Jimenez Asensio, R. (2013). Ética pública, política y alta administración. Los códigos éticos como vía para reforzar el buen gobierno, la calidad democrática y la confianza de la ciudadanía en las instituciones. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 5, 46-67.
- Jimenez Asensio, R., (2015). España, ¿un país sin frenos? *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 56.
- Jimenez Asensio, R. (2018). «Repensar» la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro». *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º Extra 2, 8-29.
- Jiménez Asensio, R. y Castillo Blanco, F.A. (2009). Informe sobre el empleo público local – Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- López Gómez, J.M. (2009). *La Relación laboral especial de empleo público*. Madrid: Thomson-Reuters/Civitas
- Martín Mateo, R., (1985). *Derecho Público de la Economía*. Madrid: Centro de estudios Universitarios Ramón Areces.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1991). *Derecho administrativo económico* Vol. I. Madrid: La Ley.
- Mauri Majós, J. (2017). Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal. *Revista Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43,124-160.
- Molina Navarrete, C. (2007).Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de estatutos. *Trabajo y Seguridad Social. Revista del Centro de Estudios Financieros*, núm. 293-294, 115-206.
- Muñoz Machado, S. (1998). *Servicio Público y Mercado*. Vol. I. *Los Fundamentos*. Madrid: Civitas.
- Ortega Alvarez, L. (1994). El reto dogmático de la eficacia. *Revista Administración Pública*, n.º 13, 139-148.

Parejo Alfonso, L. (1983). *Estado Social y Administración Pública* (los postulados constitucionales de la reforma administrativa). Madrid: Civitas.

Parejo Alfonso, L. (2004). Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 7 – 2.º semestre, pag

Quesada Lumbreras, J. (2011). La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*, núm. 317, 143-173.

Quintana López, T. y Rodríguez Escanciano, S. (2010). Principio de mérito y capacidad. En J. I. Santamaría Pastor (Dir.). *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo* (p. 747-797). Madrid: La Ley.- Wolters Kluwer.

Ramio Matas, C. (2015). *Administración pública y crisis institucional: estrategias de reforma e innovación para España y América Latina*. Madrid: Tecnos.

Ramio Matas, C. (2016). *La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España*. Madrid: Los libros de la Catarata.

Ramio Matas, C. (2019). *Inteligencia artificial y Administración pública Robots y humanos compartiendo el servicio público*. Madrid: Los libros de la Catarata.

Riviero Ortega, R. (2007). *Derecho Administrativo Económico*. 4.ª edición. Madrid: Marcial Pons.

Sala Franco, T. (2009). *Las modalidades de la contratación laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Sanchez Morón, M. (2007). Objeto y ámbito de aplicación y Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios. En Sanchez Morón (Dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid: Lex Nova.

Saz Cordero, S. Del. (1992). Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional. Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Madrid: Civitas.

Saz Cordero, S. Del. (1994). La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. *Revista Administración Pública*, n.º 133, 57-98.

Triana Reyes, B. (2017). Nuevas precisiones del Tribunal Constitucional en torno al principio de prevalencia. *Actualidad Administrativa*, n.º 3.

Villar Palasi, J.L. (1950). La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo. *Revista Administración Pública*, n.º 3, 53-129.

Vivero Serrano, J.B. (2009). El Acceso al empleo público en régimen laboral tras el EBEP. Vol. I. *En XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.

Notas

- 1 Fdo. Dcho. 2.º: «Ahora bien, en la sentencia de contraste se trata de una sociedad pública autonómica sujeta a la Ley 16/2010 de 17 de diciembre de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, que de conformidad con el art. 110, se rige por lo dispuesto en la disposición adicional primera del EBEP, que determina el sometimiento a los principios de igualdad, capacidad y mérito para la selección del personal, lo que no sucede en la recurrida en la que no existe normativa específica que obligue a la contratación con arreglo a los referidos principios constitucionales, más allá de las previsiones del convenio colectivo.»
- 2 Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, (2005), Inap, Madrid, págs. 32 y ss.
- 3 Véase, Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid.
- 4 Decreto 66/1998, de 20 de julio. por el que se autoriza la constitución de una sociedad anónima para la gestión de emergencias en Cantabria y la participación del Gobierno de Cantabria en el capital social de la misma. En estos momentos esta Sociedad se ha extinguido por su transformación en Organismo autónomo, conforme lo establecido en la Ley de Cantabria 6/2018, de 22 de noviembre, por el que se crea el Organismo Autónomo Servicio de Emergencias de Cantabria.
- 5 La primera de las reuniones celebradas entre las organizaciones sindicales y el MAP, se celebró el día 13 de febrero de 2006, continuando la negociación en las sesiones de los días 20 de febrero, 1, 8 y 15 de marzo, finalizando aquí una primera fase de negociación, que no modificó la redacción de esta disposición.
- 6 En concreto, se publicó en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-94-1 de 08/09/2006.
- 7 Así, por Dictamen de Comisión de fecha 15 de diciembre de 2006, que aprueba el texto que iba a ser objeto de examen y votación en el Pleno del Congreso, (BOCG Congreso de los Diputados n.º A-94-13 de 20 de diciembre de 2006.
- 8 BOCG del Senado Serie II n.º 85 (d) de 21 de febrero de 2007.
- 9 Sanchez Morón, M. (2007). Objeto y ámbito de aplicación. En Dir. Sanchez Morón. (Dir.) *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. (pp 80-81). Valladolid: Lex Nova, y también en la misma obra, «Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios» pag. 400.

- 10 Jiménez Asensio, R. y Castillo Blanco, F.A. (2009). Informe sobre el empleo público local – Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, pág. 23, señalando expresamente:

«El ámbito de aplicación del EBEP tiene otras particularidades también aplicables al mundo local. Nos referimos a la Disposición adicional primera, en la que se indica que “los principios” contenidos en los artículos 52, 53 y 54 (relativos a los deberes y al Código ético de los empleados públicos), el artículo 55 (que recoge los principios rectores, mejor “algunos principios”, de acceso al empleo público, entre los que no están ni el carácter abierto de las pruebas selectivas ni la libre concurrencia, así como tampoco la proporcionalidad en la baremación de méritos), y el artículo 59 (que establece el porcentaje de reserva del 5 % de las vacantes para personal con discapacidad), serán de aplicación en las entidades del sector público local que no estén incluidas en el artículo 2 del Estatuto.

Esta previsión quiere decir que las sociedades mercantiles de capital exclusivamente o mayoritariamente público (local), las fundaciones locales o determinados tipos de consorcios deberán aplicar también esos principios en sus relaciones con los empleados públicos, a los que no se les aplica sin embargo el resto del EBEP. Esta tímida solución del EBEP contrastaba con la propuesta mucho más audaz que se hizo por parte del Informe de la Comisión, que abogaba de forma precisa por extender el ámbito de aplicación del EBEP a cualquier entidad pública, incluida las fundaciones del sector público y las sociedades mercantiles dependientes de una Administración o Ente Público creadas por ellos para satisfacer necesidades de interés general que no tuvieran carácter industrial o mercantil y que se financiaran con fondos públicos»

- 11 Cantero Martínez, J. (2007). Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas. En: Luis Ortega Álvarez (Dir.). *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley – Madrid: Consultor, pág. 65.
- 12 Álvarez Moreno, A. M.^a, (2008). Comentario a la Disposición adicional primera. En: Palomar Olmeda (Dir.) y Sempere Navarro. *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. Cizur menor: Thomson – Aranzadi, pág. 846.
- 13 Quintana López, T. (2010). Principio de mérito y capacidad. En: Santamaría Pastor (Dir.). *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley- Madrid: Wolters Kluwer, pág. 754, señalando este autor de forma expresa:
- «El interés general, llamado a presidir la actuación de conformidad con el principio de eficacia, impide —se repite— a la Administración pública reclutar discrecionalmente a quien más le convenga, al margen de los parámetros de mérito y capacidad, debiendo hacerlo obligatoriamente con el más capaz para el puesto a desempeñar atendidos determinados criterios objetivos. Es más, los principios de mérito y capacidad son aplica-

bles para la selección de personal funcionario o laboral no solo en todas las Administraciones públicas, sino también en otras Entidades y organismos en los términos del art. 2 EBEP (Administración General del Estado, Administraciones de las comunidades autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, Administraciones de las Entidades Locales, Organismos públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas y Universidades públicas); incluso en las Entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el citado art. 2 EBEP (consorcios, fundaciones y empresas públicas con forma de sociedad) por mandato expreso de su disposición adicional primera».

- 14 Fondevila Antolín, J. (2010). La selección de los empleados públicos tres años después de la entrada en vigor de la ley 7/2007 EBEP: reflexiones sobre algunas de las cuestiones más representativas en su aplicación. CEMICAL – Seminario Relaciones Colectivas, Barcelona, y también del mismo autor, (2018/a), *Manual para la Selección de Empleados Públicos*, 2.^a Edición, El Consultor-Madrid: Wolters Kluwer, , págs. 34 y ss.
- 15 Goñi Sein, J.L. (2009). Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto básico del empleado público. Vol. I, en *XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración, pág. 321
- 16 López Gómez, J.M. (2009). *La Relación laboral especial de empleo público*. Madrid: Thomson Reuters – Civitas, págs. 109 y ss.
- 17 De Nieves Nieto, N. (2011). *El Acceso al empleo público laboral*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración n.º 93, págs. 47 y ss., y que manifiesta:

«En efecto, en virtud de lo establecido en la disposición adicional primera del EBEP los principios contenidos en los artículos 55 y 59 son de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local que no se encuentran incluidas en el anteriormente citado artículo 2 y que estén definidas así en su normativa específica: por tanto, Sociedades Mercantiles, Fundaciones Públicas, así como otras entidades del sector público definidas así en su específica normativa. En estos casos, pese a que sus trabajadores no son considerados empleados públicos, y por ello no se les aplica el régimen general de acceso al empleo público, sí que se les aplican los mismos principios constitucionales que a estos de igualdad, mérito y capacidad, así como los de publicidad, transparencia, imparcialidad, profesionalidad e independencia de los miembros de los órganos de selección y adecuación y agilidad del proceso selectivo; del mismo modo, se les aplican las normas relativas a la protección de las personas con discapacidad en el acceso al empleo.»

- 18 Molina Navarrete: «Aspecto laboral del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la «unificación» parcial de estatutos», *Trabajo y Seguridad Social. Revista del Centro de Estudios Financieros*, 2007, núm. 293-294, p. 129.

- 19 Vivero Serrano, J.B., (2009). El Acceso al empleo público en régimen laboral tras el EBEP, Vol. I. En *XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración, pág. 285 y ss., señalando al respecto:

En cuanto a las sociedades públicas, las razones para llevar a cabo procesos selectivos conforme a los principios constitucionales de mérito y capacidad son de mucho peso. Así, por un lado, desde la perspectiva presupuestaria, de incompatibilidades y de contratación privada de bienes y servicios las sociedades públicas —algunas, al menos— forman parte del sector público y se someten a las correspondientes normas administrativas. Por otro lado, no parece compatible con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.3 CE—, que la aplicación de los principios de mérito y capacidad dependa de la concreta modalidad elegida para la ejecución de una actividad administrativa, la gestión de un servicio público por ejemplo, de manera que si la modalidad elegida fuera la asunción directa por parte de la Administración territorial o la creación de un organismo autónomo, agencia o entidad pública empresarial, se aplicarán los citados principios objetivos y si en cambio se eligiera una modalidad societaria mercantil no se aplicarían.

Pese a lo dicho, en la práctica, y a salvo de lo dispuesto por la autonomía colectiva o la dispersa y heterogénea normativa singular reguladora de las distintas sociedades públicas, la selección de su personal no se ha venido rigiendo por los principios de mérito y capacidad, sino por el de libertad de contratación. Las sociedades públicas, muchas veces destinadas a actividades típicamente administrativas, nutridas total o parcialmente con fondos públicos, controladas de uno u otro modo por los cargos políticos de turno, se habían convertido de este modo en la vía más sencilla para eludir los principios constitucionales de mérito y capacidad y favorecer el clientelismo político, el sindical, el amiguismo, el nepotismo, etc. Y todo ello de manera aparentemente lícita.

Era constitucionalmente necesario, por tanto, que el legislador estableciera expresamente y con alcance general la aplicación de los principios de mérito y capacidad en el ámbito de las sociedades públicas. Así había sucedido ya con las fundaciones públicas —art. 46.4 de la Ley 50/2002 de fundaciones— y así lo proponía enérgicamente para las sociedades públicas el Informe de la Comisión EBEP. Pues bien, conforme a la Disposición Adicional 1.a EBEP, los principios del artículo 55 EBEP —mérito, capacidad y otros— deben aplicarse a cualesquiera entidades del sector público estatal, autonómico y local, y entre las mismas deben incluirse, sin duda, las sociedades públicas.

Esta novedosa exigencia legal de alcance general, pese a la redacción no muy afortunada, es uno de los aspectos del EBEP llamados a cambiar de manera más profunda la gestión del empleo público. Está por ver, eso sí, el grado de respeto de los principios de mérito y capacidad en el atomizado desarrollo de los

mismos por la autonomía colectiva y, todavía más, en la praxis y en el control por parte de la jurisdicción social.

- 20 Quesada Lumbreras, J., (2011). La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 317, Inap, Madrid, pág. 153.
- 21 Fernández Ramos, S., (2011). La reordenación del Sector Público Andaluz. Reflexiones para el debate. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 80, pág. 75.
- 22 Fondevila Antolín, J. (2000). Constitución y Empleo Público. Granada: Comares, págs. 109 y ss.
- 23 Fondevila Antolín, J. (2000). *Op cit.*, págs. 51 y ss.
- 24 Fondevila Antolín, J. (2000). *Op. cit.*, págs. 51 y ss.
- 25 Parejo Alfonso, L. (2004). Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 7-2.º semestre, págs. 51 y ss.
- 26 Villar Palasi. (1950). La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo. *Revista Administración Pública*, n.º 3.
- 27 Albiñaga García-Quintana, C. (1979). Los conceptos económicos en la Constitución: el sector público estatal. *Revista de Economía Política*, n.º 81 y Martín-Retortillo Baquer, S. (1991). Derecho administrativo económico Vol. I, *La Ley*, Madrid, págs. 223 y ss.
- 28 Martín-Retortillo Baquer, S. (1991). *Op cit.*, pág. 223.
- 29 Martín Mateo, R., (1985). *Derecho Público de la Economía*. Madrid: Centro de estudios Universitarios Ramón Areces, págs. 359 y 372.
- 30 Ariño Ortiz, G. (1979). La iniciativa pública en la Constitución: delimitación del sector público y control de su expansión. *Revista Administración Pública* n.º 88.
- 31 Rivero Ortega, R., (2007). *Derecho Administrativo Económico*. 4.ª edición, Madrid: Pons, pág. 187.
- 32 Cueto Pérez, M. (2014). Crisis económica y organización administrativa. En Piñar Mañas, *Crisis económica y crisis del estado del bienestar. el papel del derecho administrativo*. Madrid: Reus, págs. 373-383
- 33 Borrajo Iniesta, I., (1993). El intento de huir del Derecho Administrativo. *Revista Española Derecho Administrativo*, n.º 78.; Ortega Alavarez, L (1994). El reto dogmático de la eficacia. *Revista Administración Pública*, n.º 133; Saz Cordero. S. Del (1992). Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional. *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, pág. 175.
- 34 López Gómez, J.M. (2009). *La Relación laboral especial de empleo público*. Madrid: Thomson-Reuters/Civitas, pág.109 y ss.
- 35 Garrido Falla, F. (1981). El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público. *Revista Española Derecho Administrativo*,

n.º 29. Saz Cordero, S. Del. (1992). *Op cit.*, págs. 174 y ss.; y de la misma autora, (1994), La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas, *Revista Administración Pública*, n.º 133; Gómez-Ferrer, R., (1991). La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, en vol. col. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Tomo V, Madrid: Civitas, , págs. 3.808 y 3.815; Muñoz Machado, S. (1998). *Servicio Público y Mercado. Vol. I. Los Fundamentos*. Madrid: Civitas, págs. 113 y ss.; Gimeno Feliú, J. M.º. (1994). Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reserva al sector público de actividades económicas. *Revista Administración Pública*, n.º 135, págs. 149 y ss.; Fernández Farreres, G., (2003). El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía. *Revista Justicia Administrativa*, n.º 18, págs. 7-21.

36 **Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas:**

Artículo segundo.

Son funciones propias del Tribunal de Cuentas:

a) *La fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico financiera del sector público.*

Artículo cuarto.

Uno. Integran el sector público:

- a) *La Administración del Estado.*
- b) *Las Comunidades Autónomas.*
- c) *Las Corporaciones Locales.*
- d) *Las entidades gestoras de la Seguridad Social.*
- e) *Los Organismos autónomos.*
- f) *Las Sociedades estatales y demás Empresas públicas*

37 **Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria:**

Artículo 3. Sector público administrativo, empresarial y fundacional.

A los efectos de esta Ley, el sector público estatal se divide en los siguientes:

1. *El sector público administrativo, integrado por:*
 - a) *La Administración General del Estado, los organismos autónomos, las autoridades administrativas independientes, las universidades públicas no transferidas y las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, así como sus centros mancomunados, así como las entidades del apartado 3 del artículo anterior.*
 - b) *Cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los consorcios y los fondos sin personalidad jurídica, que cumplan alguna de las dos características siguientes:*
 - 1.º *Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro.*
 - 2.º *Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esta Ley, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de las entregas de bienes o prestaciones de servicios.*

2. *El sector público empresarial, integrado por:*

- a) *Las entidades públicas empresariales.*
- b) *Las sociedades mercantiles estatales.*
- c) *Cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los consorcios y los fondos sin personalidad jurídica no incluidos en el sector público administrativo.*

3. *El sector público fundacional, integrado por las fundaciones del sector público estatal.*

38 En concreto señala: *Artículo 2. Ámbito de aplicación subjetivo.*

A los efectos de la presente Ley, el sector público se considera integrado por las siguientes unidades:

1. *El sector Administraciones Públicas, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996 que incluye los siguientes subsectores, igualmente definidos conforme a dicho Sistema:*
 - a) *Administración central, que comprende el Estado y los organismos de la administración central.*
 - b) *Comunidades Autónomas.*
 - c) *Corporaciones Locales.*
 - d) *Administraciones de Seguridad Social.*
2. *El resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones públicas, no incluidas en el apartado anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas.*

39 Gamero Casado, E. (2015). *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*. Granada: Comares, págs. 65 y ss.

40 **Disposición adicional novena. Redimensionamiento del sector público local.**

1. *Las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley y los organismos autónomos de ellas dependientes no podrán adquirir, constituir o participar en la cons-*

titución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.

- 41 Por todas las cosas su reiteración tomamos como ejemplo la última, en concreto, **la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018**, la cual en su artículo 18, señala:
- Uno. A efectos de lo establecido en el presente Capítulo, constituyen el sector público:*
- La Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las Universidades de su competencia.*
 - Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia.*
 - Las Corporaciones locales y Organismos de ellas dependientes.*
 - Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.*
 - Los órganos constitucionales del Estado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 78 de la Constitución.*
 - Las sociedades mercantiles públicas**, entendiéndose por tales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las Administraciones y entidades enumeradas en este artículo sea superior al 50 por ciento. En el sector público estatal se considerarán como tales las reguladas en el artículo 111.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
 - Las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local.*
 - Las fundaciones del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público.*
 - El Banco de España en los términos establecidos en la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.*
 - El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB).*
- 42 A este respecto como guía doctrinal hemos seguido a De Castro y Bravo, F. (1978). Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley, *Anuario de Derecho Civil*, 1978, págs. 812 y ss.; Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1989). *Sistema de Derecho Civil Vol.I.*, Madrid: Tecnos, 7.^a edición, págs. 184 y ss. y finalmente Castan Tobeñas, J. (2007), «*Derecho Civil Español Común y Foral – Tomo I*», Reus, Madrid, págs. 522 y ss.
- 43 El Código Civil en su artículo 3.1, establece: «*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*»
- 44 Díez-Picazo, L. y Gullón, A., (1989). *Op cit.* págs. 184 y ss.
- 45 Si bien, sobre el alcance de la construcción doctrinal del Tribunal Constitucional sobre el «desplazamiento», en los últimos años ha surgido un debate interno en ese órgano, que ha generado serias dudas interpretativas a este respecto, resultando de gran interés el trabajo de Triana Reyes, B. (2017), Nuevas precisiones del Tribunal Constitucional en torno al principio de prevalencia, *Actualidad Administrativa*, n.º 3.
- 46 Fondevila Antolín, J. (2005). Reflexiones en torno al informe para la preparación de un Estatuto Básico del empleado público: especial referencia a la propuesta de reducción del contenido y alcance de lo básico. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*; MAP-INAP; n.º 298-299.
- 47 Téngase en cuenta las previsiones del artículo 132.3 de la LRJSP, que establece:
- El personal de las fundaciones del sector público estatal, incluido el que tenga condición de directivo, se regirá por el Derecho laboral, así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal, incluyendo entre las mismas la normativa presupuestaria, así como lo que se establezca en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.*
- 48 Nos remitimos con carácter general y resumen de otros trabajos previos a Fondevila Antolín, J. (2018/b), *Problemas y soluciones al empleo público actual. Una valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP*. Granada: CEMCI, págs. 195 y ss.
- 49 Así, señala expresamente:
- «1) Aunque estemos ante una contratación laboral —los puestos de trabajo que se convocan tienen este carácter—, siempre que se trate de contratación ‘externa o de nuevo ingreso’, y no de una promoción interna en donde la administración actúa claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas de indiscutible carácter laboral, precisamente respecto a una persona que ya tiene la condición de trabajador (esto no sucede en las convocatorias de nuevo ingreso, aun cuando hubiese preexistido un contrato temporal, pues está extinguido o finalizado, y por ello, no puede vincular la competencia a una u otra jurisdicción); en tales supuestos, está actuando una potestad administrativa en orden a la selección de personal conforme a parámetros de normas administrativas.
 - La actuación de la administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público, pues está obligada a seguir lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y preceptos concordantes del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y Provisión de puestos de Trabajo, que constituyen el Ordenamiento fundamental en la prestación de servicios para la función

- pública, normas que tienen carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las administraciones públicas no incluido en el ámbito de su aplicación (artículo 1.5 de la Ley 30/1984), siendo aplicables, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, por lo que la regulación por el Derecho Administrativo es prevalente en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa, como señala entre otras, la aludida sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1998 .
- 3) Como ya pusieron de relieve las sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 1997 (recurso 2372/97) y de 19 de enero de 1999 (recurso 1857/98), en este tipo de casos no se cuestionan jurisdiccionalmente verdaderos derechos adquiridos a los puestos de trabajo en cuestión, sino solamente meras 'expectativas de derechos' a los mismos. Y siendo esto así, frente a lo en ellas sostenido, la incompetencia de la Jurisdicción es clara, puesto que dichas meras 'expectativas' ni siquiera pueden fundar la existencia de un precontrato que de existir, sí quedaría comprendido en el ámbito del Orden Social de la Jurisdicción; todo ello con independencia de que las 'listas' controvertidas hayan sido elaboradas por la Administración Pública, bien en virtud de reglas o bases contenidas en normas reglamentarias, bien como consecuencia de acuerdos con las Organizaciones sindicales.»
- 50 Sala Franco, T., (2009). Las modalidades de la contratación laboral. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch.
- 51 Fondevila Antolin, J. (2018/b). *Op cit.* págs. 195 y ss.
- 52 Fondevila Antolín, J. (2018/b). *Op cit.* págs. 212 y ss.
- 53 Sobre la funcionalidad y alcance la legislación básica nos remitimos a nuestro trabajo Fondevila Antolín, J. (2005). *Op cit.*
- 54 López Gómez, J.M. (2009). *Op cit.* págs. 117 y ss.
- 55 Fondevila Antolín, J. (2000). *Constitución y Empleo Público*. Granada:Comares, págs. 201 y ss.
- 56 Parejo Alfonso, L., (1983). *Estado Social y Administración Pública (los postulados constitucionales de la reforma administrativa)*. Madrid: Civitas.
- 57 Jimenez Asensio, R. (2018). Entre otros trabajos, «Repensar» la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º Extra 2, 2018, págs. 8-29, también, España, ¿un país sin frenos? (2015). *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 56, 2015, págs. 36-55, y finalmente, Ética pública, política y alta administración. Los códigos éticos como vía para reforzar el buen gobierno, la calidad democrática y la confianza de la ciudadanía en las instituciones. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 5, 2013, págs. 45-67
- 58 Ramio Matas, C., (2016). La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España .Madrid: Los libros de la Catarata, también, (2015), Administración pública y crisis institucional: estrategias de reforma e innovación para España y América Latina. Madrid :Tecnos, y finalmente su último trabajo, (2019), Inteligencia artificial y Administración pública Robots y humanos compartiendo el servicio público. Madrid: Los libros de la Catarata.
- 59 De inicio la STJUE de 20 de enero de 2011 (Asunto V-463/2009) y en especial, la reciente STJUE 13 de junio 2019 (C-317/18), Asunto Correia Moreira, en el marco de la aplicación de la Directiva 2001/23 a un supuesto de reversión («internalización») de un servicio a un Ayuntamiento. Asimismo, resulta interesante la lectura de Mauri Majós, J. (2017).Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal. *Revista Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43, y también Castillo Blanco, F. (2017).*La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*. Barcelona: CEMICAL