

**NOTA SOBRE EL NUEVO CONCURSO DE MERITOS QUE IMPONE EL  
REAL DECRETO LEY 5/2023, DE 28 DE JUNIO**

En el día de ayer, se ha publicado el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, en cuyo artículo 217, bajo el título “*garantía del derecho de acceso a los procesos derivados de la Disposición Adicional 8ª de la Ley 20/2021*”, se autoriza -léase se obliga- a las Administraciones públicas a convocar, en concurso de méritos, un nuevo proceso selectivo que cumpla con la Disposición Adicional 8ª de la Ley 20/2021, indicando que

*“el número de plazas de la tasa adicional será el equivalente de aquellas de naturaleza estructural, ocupadas de forma temporal a 30 de diciembre de 2021, por personal con una relación de esa naturaleza anterior al 1 de enero de 2016, que no hubiera superador el proceso de estabilización convocado con un sistema selectivo distinto al previsto en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre.*

*Las ofertas de empleo público deberán estar aprobadas antes de 31 de diciembre de 2023, y las convocatorias resueltas antes de 31 de diciembre de 2024, ajustándose a los principios de igualdad mérito, capacidad y libre concurrencia”.*

A la vista de lo que establece el nuevo RDL, creemos necesario hacer las siguientes observaciones:

**PRIMERA.-** El precepto transcrito es una norma con rango de ley de carácter básica, lo que significa que vincula a todas las Administraciones públicas nacionales, no solo a la estatal, sino también a las autonómicas, locales e institucionales, pues contiene un mandato dirigido a todas las Administraciones para que convoquen los procesos de estabilización en los rigurosos términos previstos en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 20/2021, salvando así las erróneas interpretaciones de esta norma realizadas por algunas Administraciones públicas.

Por tanto, ninguna Administración pública puede negarse a convocar este nuevo concurso de méritos que ordena y manda el artículo 217 del RDL 5/2023.

**SEGUNDA.-** El precepto confirma lo que Arauz ha venido manteniendo desde la promulgación de la Ley 20/2021, en cuanto a que “todas” las plazas -no unas pocas o algunas, sino todas- incluidas en el ámbito de aplicación de las Disposiciones Adicionales 6ª y 8ª de la Ley 20/2021 tienen que estar convocadas a través de un concurso de méritos, aunque estas plazas a 30 de diciembre de 2021 -fecha de entrada en vigor de la Ley 20/2021-, estuvieran incluidas en procesos selectivos anteriores convocados al amparo de las leyes de presupuesto de 2017 y 2018.

Precisamente porque algunas Administraciones públicas habían incumplido la Ley 20/2021, al excluir las plazas ya convocadas de los concursos de méritos, y ante la

necesidad de garantizar que no se producen discriminaciones en el acceso de empleados públicos temporales de larga duración en todo el territorio nacional, es por lo que el RDL ordena que estas plazas indebidamente excluidas se incluyan ahora en una nueva convocatoria de estabilización

**TERCERA.-** Si como dice el RDL, la interpretación correcta y auténtica de la Ley 20/2021 exige que todas las plazas convocadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley al amparo de la ley de presupuestos de 2017 y 2018, se incluyan en procesos de acceso articulados a través de concursos de méritos, esto significa que todos los procesos selectivos convocados al amparo de la Ley 20/2021 que, con infracción de la DA 6ª y 8ª, no incluyeron estas plazas, son nulos, en cuanto contrarios a lo establecido en dicha Ley 20/2021.

**CUARTA.-** El RDL ordena que en estos nuevos procesos selectivos que obligatoriamente deben convocar todas las Administraciones públicas, se incluyan todas la plazas que reúnan estos tres requisitos:

- Uno, todas las plazas estructurales que estuvieran ocupadas de forma temporal a 30 de diciembre de 2021
- Dos, por un empleado público temporal con una relación temporal con la administración empleadora convocante anterior a 1 de enero de 2016; y
- Tres, que no hubieran superado un sistema selectivo distinto al del concurso de méritos previsto en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 20/2021.

Esto significa:

- 1.** Que todas las plazas que reúnan estas condiciones o requisitos deben incluirse en un nuevo concurso de méritos, con la finalidad de garantizar el derecho de acceso del personal temporal en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional.
- 2.** Que es indiferente que el personal temporal que reúna estos requisitos, esto es, que estuviera ocupando la plaza estructural a 30 de diciembre de 2021 en las condiciones previstas en el RDL, siga en activo o haya sido cesado con posterioridad al 30 de diciembre de 2021, o que esas plazas estén ocupadas actualmente por un funcionario de carrera, pues el RDL lo que hace es establecer cómo debería haberse interpretado y aplicado correctamente por las Administraciones empleadoras, a 30 de diciembre de 2021, la Ley 20/2021.

- 3.** Que, por plazas estructurales, de conformidad con la Resolución de fecha 1 de abril de 2022, de la Secretaria de Estado de Función Pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, deben entenderse *“aquellas relativas a funciones recurrentes que se integran en la actividad ordinaria y del normal funcionamiento de la Administración de que se trate, incluyendo por tanto, las plazas ligadas a programas o actuaciones que no gocen de sustantividad propia y diferenciada de la actividad ordinaria. Con carácter general, estas plazas se corresponderán con aquéllas destinadas al ejercicio de competencias propias de la Administración correspondiente”*.
- 4.** Que, aunque formalmente se convocan plazas, son los requisitos que debe reunir el empleado temporal que ocupa esa plaza a 30 de diciembre de 2021, los que determinan la obligatoriedad de incluirla en el concurso de méritos, de tal forma que basta con que el empleado temporal ocupe la plaza en las condiciones previstas en el RDL, para que esta plaza se deba incluir en este nuevo proceso selectivo articulado a través del concurso de méritos, confirmando así el RDL el derecho de todo empleado de larga duración a la estabilización a través de un concurso de méritos, que no está reñido con que se establezcan plazas y no personas.
- 5.** Que el art 217 del RDL, al igual que la Disposición Adicional 8ª de la Ley 20/2021, no exige que la ocupación de la plaza sea ininterrumpida, por lo que deviene aplicable lo que dictamina el Consejo de Estado en su dictamen 388/2022, cuando afirmaba que *“la Disposición Adicional 8ª de la Ley 20/2021 no contiene mención alguna a la “ocupación ininterrumpida” de la plaza estructural de que se trate. Puede por ello deducirse que podrán acogerse a ese sistema excepcional de estabilización las plazas estructurales que hubieran estado ocupadas por personal temporal con anterioridad al 1 de enero de 2016, haya sido esa ocupación ininterrumpida o no y sin que se exija un plazo mínimo de permanencia”*
- 6.** Que el art 217 del RDL se justifica en el derecho que tiene todo empleado público temporal a no ser discriminado en las condiciones de acceso. Por esta razón, las plazas estructurales a las que se refiere el precepto citado tienen que convocarse obligatoriamente, aunque ello pueda dar lugar a un incremento de efectivos dotados, ya que: (i) por un lado, el art. 217 es claro en cuanto a la obligación que establece, y no la sujeta a más límites que los que en él imponen, entre los que no se encuentra la necesidad de que la convocatoria de estas plazas no provoque un incremento de efectivos dotados; (ii) y por otro lado, porque este hipotético incremento de efectivos sería imputable únicamente a las Administraciones empleadoras que, incumpléndola, no aplicaron correctamente la Disposición Adicional 8ª de la Ley 20/2021, excluyendo de las ofertas de 2022 plazas que tienen que haberse convocados a través del concurso de méritos previsto en sus Disposiciones adicionales 6ª y 8ª, y sin que estos incumplimientos de las empleadoras puedan perjudicar al empleado temporal víctima de los mismos, ni conllevar una

vulneración de su derecho de acceso en régimen de igualdad y de no discriminación en todo el territorio nacional

- 7.** Que el art 217 del RDL -ley posterior que deroga a la anterior- no habla -consciente o inconscientemente- de plazas vacantes, sino únicamente de plazas estructurales, lo que permite interpretar que toda plaza estructural -tenga o no la consideración formal de plaza vacante- ocupada por personal temporal a 30 de diciembre de 2021, con una relación temporal con la administración empleadora convocante anterior a 1 de enero de 2016, tiene que estar incluida en el nuevo concurso de méritos que ordena convocar este RDL
- 8.** Y finalmente, que la prohibición del incremento del gasto público, tampoco puede operar como excusa para libera a las Administraciones empleadora de su obligación de organizar el nuevo concurso de méritos que exige el RDL, toda vez que: 1) el RDL no impone expresamente ese límite; 2) la de estabilización ha sido siempre y sigue siendo una tasa adicional a la de reposición; y 3) la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, en su art. 20.4 permite a cada Administración autorizar, con carácter extraordinario, una tasa específica que sea necesaria para dar cumplimiento del objetivo previsto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de que la temporalidad en el empleo público no supere el 8 % de las plazas de naturaleza estructural en cada uno de sus ámbitos.

En definitiva, ante la necesidad de dar efectivo cumplimiento a los compromisos y exigencias del Derecho de la Unión, debe ceder siempre cualquier obstáculo derivado del Derecho interno, aun cuando sea de índole presupuestaria.

**QUINTO.-** El art 217 del RDL, sin embargo, tiene la carencia de que únicamente se refiere a la Disposición Adicional 8ª, como si la aplicación que han hecho las Administraciones públicas de la Disposición Adicional 6ª hubiera sido correcta y uniforme, cuando es lo cierto que muchas Administraciones públicas no han incluido en los procesos convocados raíz de la Ley 20/2021, a través del concurso de méritos, a la totalidad de las plazas a las que les obligaba esta Disposición Adicional 6ª.

Por tanto, nos encontramos ante la misma situación que en la Disposición Adicional 8ª, pues es lo cierto que ante situaciones de hecho iguales, en las distintas Administraciones públicas se han utilizado procedimientos diferentes, al no incluir algunas o muchas de ellas en los concursos de méritos convocados al amparo de la Disposición Adicional 6ª de la Ley 20/2021 la totalidad de las plazas a las que se refería esta Disposición Adicional, incumpliendo estas Administraciones públicas la Ley 20/2021 y vulnerando, por tanto, el derecho de acceso a los procesos de estabilización en condiciones de igualdad de los empleados públicos temporales.

Si el objetivo y la razón de ser del RDL es que quede garantizado el derecho de acceso en condiciones de igualdad de todo el personal temporal en todo el territorio nacional, la norma debería haber incluido en esta nueva convocatoria que ordena no solo los incumplimientos de la Disposición Adicional 8ª, sino también los que afectan y vulneran la Disposición Adicional 6ª, pues en ambos casos, si no se incluyen todas las plazas allí previstas, se está infringiendo este derecho de igualdad y de no discriminación.

Aunque seguimos pensando que el art. 217 del RDL, al igual que la Ley 20/2021, es insuficiente y no garantiza el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70 - entre otras razones, porque como ha dicho el TJUE hasta la saciedad, ningún proceso selectivo puede ser concebido como una medida sancionadora a los efectos de esta norma comunitaria -, es obvio que sí supone una nueva oportunidad para que empleados públicos temporales de larga duración alcancen su ansiada estabilización, aunque esta estabilización no pueda ser concebida como la medida sancionadora efectiva proporcionada y disuasoria que exige la Directiva 1999/70

En esta tesitura, la actuación más garantista consiste:

- (i) de un lado, en impugnar cualquier Oferta de Empleo o convocatoria que, en ejecución del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, reduzca el número de plazas a estabilizar o limite injustificadamente, de cualquier otra forma, las posibilidades de conseguir una plaza en propiedad, so pretexto de razones que, en el contexto de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, y de la Directiva 1999/70/CE, no pueden prosperar.
- (ii) De otro lado, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea evidencia, asimismo, las disfunciones de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, a la hora de establecer una solución sancionadora válida frente a la temporalidad abusiva.

Por ello, a nuestro juicio, la opción más segura pasa por reclamar la estabilización directa, por vía de la propia Directiva 1999/70/CE, teniendo en cuenta que garantiza, para el caso de que el TJUE confirme que las medidas previstas por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre no se ajustan al Derecho de la Unión, la estabilización en el propio puesto de trabajo en que se encontraba el empleado al tiempo de reclamar.

Fdo: Javier Arauz de Robles