

Nº 13
Primer trimestre 2018

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción	9

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

ALGUNAS PROPUESTAS PARA UNA NECESARIA REVISIÓN DE LA CUESTIONABLE DOCTRINA JUDICIAL DEL RECONOCIMIENTO, AL PERSONAL LABORAL TEMPORAL Y FUNCIONARIOS INTERINOS, DE LA CONDICIÓN DE "INDEFINIDOS NO FIJOS". D. Jorge Fondevila Antolín	15
RELACIÓN ENTRE EL COSTE DE LOS SERVICIOS Y LA PLANTA LOCAL CASTELLANO – MANCHEGA D. Alejandro de Diego Gómez.....	85
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE SUCESIONES Y DONACIONES Y SU CONTRARIEDAD CON EL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA D. Salvador Moreno Soldado	151
EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS: HISTORIA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO. EL WRIT OF CERTIORARI. D. Jorge Pérez Alonso.	210



SECCIÓN INTERNACIONAL

DEL DERECHO GLOBAL DE LAS CONTRATACIONES
PÚBLICAS Y SU RECEPCIÓN LOCAL.

D. Alberto Biglieri 273

BASES DE PUBLICACIÓN321

**“ALGUNAS PROPUESTAS PARA UNA
NECESARIA REVISIÓN DE LA
CUESTIONABLE DOCTRINA JUDICIAL
DEL RECONOCIMIENTO, AL PERSONAL
LABORAL TEMPORAL Y FUNCIONARIOS
INTERINOS, DE LA CONDICIÓN DE
“INDEFINIDOS NO FIJOS”**

D. Jorge Fondevila Antolín

Doctor en Derecho
Funcionario de Habilitación Nacional: Secretario de
Administración Local
Cuerpo de Letrados del Gobierno de Cantabria
Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de
Presidencia y Justicia del Gobierno de Cantabria

RESUMEN: La temporalidad en el empleo público español es uno de sus mayores problemas, y una de sus peores consecuencias ha sido el reconocimiento judicial de la condición de empleados públicos “indefinidos no fijos”. En este trabajo pretendemos cuestionar esta construcción judicial, a la vista de la propia Jurisprudencia del TJUE y las modificaciones legales incorporadas recientemente a nuestro ordenamiento jurídico, y, además, realizar un aviso sobre las graves consecuencias que va a suponer para



un empleo público profesional y objetivo (artículo 103.3 C.E.) los procesos de consolidación de empleo temporal, derivados de las situaciones originadas por el reconocimiento de esta figura.

PALABRAS CLAVE: Empleo público, personal laboral, funcionario interino, indefinido no fijo, contrato laboral, jurisdicción social, jurisdicción contencioso-administrativa, procesos de consolidación.

SUMARIO:

1. Consideraciones sobre algunos de los problemas que afectan al empleo público español: un breve comentario.

2. La intromisión de la Jurisdicción Social en el reconocimiento de la condición de personal laboral indefinido no fijo de plantilla.

2.1. Las situaciones y actuaciones que originan un acceso ilegal y el consiguiente reconocimiento de la condición de "personal laboral indefinido no fijo de plantilla".

2.1.1. Situaciones y actuaciones ilegales que originan el reconocimiento de la condición de personal indefinido no fijo de plantilla.

2.1.2. Examen de la ilegalidad de utilizar el reconocimiento de oficio para estas situaciones.

2.2. Una crítica a la vis expansiva de la Jurisdicción social con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del indefinido no fijo.

3. El Problema de la duración abusiva de la contratación temporal (laboral y funcional) y la Jurisprudencia del TJUE.

3.1. Examen de la figura de las "Medidas o razones Objetivas", conforme la doctrina del TJUE.

3.2. La Contratación laboral temporal (encadenamiento de contratos), según la doctrina del TJUE.

3.3. El último problema creado por nuestros Tribunales en aplicación de las últimas sentencias del TJUE: El reconocimiento judicial de los "funcionarios interinos indefinidos".

4. Consideraciones finales y algunas propuestas.

4.1. Consideraciones finales.

4.2. Propuestas de lege ferenda.

5. Bibliografía.

1. Consideraciones sobre algunos de los problemas que afectan al empleo público español: un breve comentario.

Debemos destacar la necesidad de que seamos conscientes de la fragilidad en nuestro sistema de empleo público de los principios de mérito y capacidad en su aplicación ordinaria por nuestras administraciones, y esto exige la toma de decisiones urgentes y profesionales, pues resulta imposible mantener en pie un edificio si sus cimientos no son sólidos y presenta defectos estructurales. Así, entramos actualmente en unos momentos claves que van a condicionar nuestro empleo público en muchos años, pues si al envejecimiento de las plantillas unimos los procesos masivos de "consolidación de empleo público temporal" (en el momento de cerrar este trabajo las previsiones de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y los acuerdos AGE - Sindicatos no resultan precisamente una garantía de objetividad y profesionalidad a este respecto), el coctel explosivo está servido, ya que nos enfrentamos a una masiva renovación de los empleados públicos que si no



se realiza con pleno respeto a los principios constitucionales ya señalados y además, en especial, no se erradica el clientelismo, se excluyen los beneficios injustificados a favor de los empleados públicos temporales (impidiendo la valoración de méritos como el tiempo de servicios prestados que no tienen un soporte objetivo, tal como explicaremos en un apartado de este trabajo) y no se renuevan en profundidad la necesaria profesionalización de los órganos de selección y los tipos de pruebas, lo que no supone incorporar sistemáticamente los modelos del ámbito privado; todo esto puede suponer el inicio de un definitivo proceso de degeneración de nuestras administraciones públicas, con muy graves consecuencias sobre los servicios públicos y los derechos de los ciudadanos, pues podemos pasar *de facto* del Estado de Derecho al Estado clientelar y arbitrario.

Es preciso añadir que todas estas situaciones han constituido el caldo de cultivo perfecto para el florecimiento y desarrollo de la corrupción, fenómeno que afecta a todas las administraciones públicas y a todos sus niveles, de manera que solo desvinculando la politización del empleo público e incorporando la exigencia de unos principios de ética pública a todos los empleados públicos se podrá comenzar un nuevo camino ya despejado y acorde con el orden axiológico constitucional. Solo mediante la selección de los mejores podremos garantizar una administración eficaz y unos servicios públicos eficientes, por ello, una de las medidas esenciales es la regulación normativa y desarrollo de técnicas que garanticen de forma inequívoca la objetividad y profesionalidad de los mismos, es decir, es preciso garantizar la exclusión de

toda clase de interferencias o clientelismo¹ en los procesos selectivos.

También quiero destacar que nos encontramos ante un momento muy importante para el futuro de nuestro empleo público, en concreto, me refiero a tres circunstancias que concurren y de gran importancia, en primer lugar se ha celebrado el décimo aniversario de la aprobación del EBEP, el cual todavía está en gran medida pendiente de desarrollo, en segundo lugar, nos encontramos con el inicio de un periodo de convocatorias de consolidación de empleo temporal (indefinidos no fijos entre otros), procesos que merecen mi crítica como ya he indicado anteriormente y que pueden condicionar la eficacia de las administraciones públicas durante muchos años, y en tercer lugar, el hecho de que entramos en una década de renovación masiva del empleo público, pues hay un fenómeno imparable que es el envejecimiento de las plantillas de funcionarios, en especial en la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, lo que va a exigir que a medio plazo deberán producirse sustituciones masivas en la provisión de puestos de trabajo de responsabilidad y la incorporación de nuevas personas a las organizaciones, y todo ello, sin que se hayan desarrollado plan alguno de transferencia de conocimiento, un elemento esencial en toda

¹ A este respecto, resulta muy interesante la consulta de una obra que ya anticipaba en los años noventa del siglo pasado el lastre que seguimos arrastrando a este respecto, ROBLES EGEA, A., ALVAREZ JUNCO, J. y MAURICE, J., (1996), *Política en penumbra. Patronazgo y clientelismo políticos en la España contemporánea*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, y en el mismo sentido el reciente trabajo de CUENCA CERVERA, J., (2015), *El empleo público local en la España democrática. Una perspectiva institucional*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid.



organización profesional, y tampoco un necesario e imprescindible análisis de cuáles son las futuras necesidades que deberán atender los servicios públicos, pues no se puede olvidar que nuestra sociedad es un elemento dinámico y evolutivo, de manera que las necesidades de recursos humanos serán diferentes en función de los nuevos servicios públicos a prestar.

2. La intromisión de la Jurisdicción Social en el reconocimiento de la condición de personal laboral indefinido no fijo de plantilla.

2.1. Las situaciones y actuaciones que originan un acceso ilegal y el consiguiente reconocimiento de la condición de "personal laboral indefinido no fijo de plantilla".

En este apartado procedemos el examen de una de las figuras que suponen uno de los mayores y más graves problemas que afectan al empleo público, creación de nuestra jurisprudencia, me refiero al denominado "personal laboral indefinido no fijo de plantilla", al cual de forma incomprensible se le ha otorgado un apoyo definitivo por medio de las previsiones de los artículos 8.2. c) y 11.1 del TREBEP²,

² BOLTAINA BOSCH, X., (2011), "La Diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: Especial referencia al personal laboral", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº Extra 13, pág. 167 y ss.

A este respecto, este autor realiza un examen detallado del origen de la regulación incorporada el EBEP, que a su entender no responde en principio a la finalidad de reconocer legalmente la creación jurisprudencial de esta figura, aunque como reconoce él mismo, al final así ha sido entendido de

forma pacífica en la comunidad académica y judicial, señalando al respecto:

"d) a partir de aquí consideramos que el EBEP ha perdido una oportunidad —quizá la más ordenada en el tiempo— para regularizar esta situación, esta tierra de nadie, fruto de la jurisprudencia y a la cual la legislación laboral ha dado por buena, como acredita la ya antes referida DA 15ª del ET aprobada en el 2006 y reformulada en el 2010. Y ello es así porque ni el EBEP ha tenido en cuenta este tipo de trabajadores a la hora de conformar sus derechos y obligaciones, ni tampoco la dicción literal de los arts.8 y 11 ayudan en nada a resolver la cuestión.

En primer término, debemos señalar que la anterior nuestra afirmación parece entrar en contradicción con el redactado final del art. 8.2.c) y art. 11.1 in fine del EBEP. Así, en un caso y otro se proclama, fruto de la tramitación del proyecto en el Senado, que el personal laboral se clasifica, en función de la duración del contrato, en «fijo», «por tiempo indefinido» y «temporal».

Una primera lectura permitiría deducir que el legislador ha tenido en cuenta la problemática señalada y ha decidido incorporarla al Estatuto. Tal conclusión, sin embargo, es errónea, aunque mucho nos tememos que en el futuro tal circunstancia quedará en el olvido y se dará por bueno y asumido aquello que no estuvo en mente de los parlamentarios.

Nuestra argumentación se basa en el estudio de la tramitación en el Senado. Del análisis detallado de tal proceso se desprende que los arts. 8.2.c) y 11.1, que tienen su origen en las enmiendas al respecto planteadas por el grupo parlamentario de senadores nacionalistas vascos, incorporando a la clasificación inicial de fijos y temporales la de indefinido, que fueron finalmente aceptadas como enmiendas transaccionales (34). En concreto, la voluntad de las enmiendas (35) no era resolver el problema planteado en las líneas anteriores o ni tan siquiera incluir a este personal en el listado de personal laboral, sino que —literalmente—, «se trata de introducir el término indefinido, que no



contempla el Proyecto, a fin de que también el profesorado de religión esté contemplado en el artículo».

No podemos obviar nuestra sorpresa, pero tal enmienda tiene su origen pues en la problemática derivada de los profesores de religión que prestan servicios en centros docentes públicos y que ha dado pie a un debate judicial largo y complejo sobre la tipología de relación laboral que los vinculaba con la Administración (36), y en modo alguno pretendía acoger a los trabajadores laboral del profesorado de religión con la Administración Públicas y los derechos y limitaciones de indefinidos no fijos. De hecho, debe indicarse que a lo largo del texto del EBEP se olvida cualquier referencia más a la problemática, por lo que nos permite plantear la siguiente de las reflexiones que a continuación detallaremos, por cuanto entendemos que el EBEP ha perdido la oportunidad de regular el régimen de los trabajadores indefinidos no fijos, con las consecuencias ciertamente perjudiciales que ello comporta y con el mantenimiento de la inseguridad jurídica que se deduce.

Sin embargo, el criterio de que el trabajador indefinido no es aquel descrito por la voluntad de legislador y más bien el instituido por la jurisprudencia ha sido adoptado incluso por el ALEPA, en su DA 3ª, al señalar que el contrato de trabajo del personal laboral por tiempo indefinido que haya adquirido tal condición e aplicación de la ley laboral o por sentencia judicial, verá extinguido su vínculo laboral «cuando el puesto de trabajo que se venía desempeñando se provea a través de cualquiera de los procedimientos legalmente previstos».

(34) Vid., al respecto, el debate protagonizado en el dictamen del proyecto de LEBEP. Comisión de Administraciones Públicas. Debate celebrado el 12 de marzo de 2007. BOCG, Diario de Sesiones, VIII legislatura, núm. 435.

(35) En concreto, las enmiendas núm.33 y 35 del grupo parlamentario de senadores nacionalistas vascos (GPSNV). BOCG, Senado, VII legislatura, núm. 85, de 21 de febrero de 2007.

(36) Al respecto, por lo que implica de finalización del debate judicial en torno a tal relación

que supone el reconocimiento legislativo de una figura que nace de una actuación ilegal no extrajurídica, pues recordemos que la declaración de "indefinido" proviene de una previa actuación administrativa que no ha respetado el ordenamiento jurídico, como ya he indicado en anteriores trabajos³ resulta inadmisibles la incorporación como una modalidad contractual aquella nacida de una relación viciada legalmente, como máximo hubiera sido admisible la regulación de las condiciones de servicio y contractuales de esta clase de personal por vía de una Disposición adicional en el TREBEP, y con la única finalidad de regular una situación anómala, pero en ningún caso reconducir a la misma a una "legalidad normativa", esta previsión resulta no solo criticable sino inadmisibles en un Estado de Derecho, pues la conversión y legalización permanente de actuaciones ilegales carece de fundamento constitucional, cuestión diferente sería el reconocimiento de una situación anómala y como consecuencia de ello regular sus consecuencias jurídicas, función que hubiera desempeñado adecuadamente una disposición como la indicada. Además, para terminar de complicar el panorama el TREBEP se limita a declarar que, en atención a su duración, el contrato de trabajo podrá ser "*fijo, por tiempo indefinido o temporal*", de manera que al obviar el legislador cualquier referencia al concreto régimen jurídico de esta figura, en especial, a cuál es la causa que legitima la extinción de estos contratos así como los efectos que se derivan de la misma, se sentaron las bases para la permanente conflictividad que está generando en el día a día esta clase de personal,

³ FONDEVILA ANTOLIN, J. (2012), "*Manual para la Selección de Empleados Públicos*", LA LEY – El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, págs. 676 y ss.



perdiéndose de esta manera una gran oportunidad para establecer una mayor claridad en un panorama lleno de confusión e inseguridad jurídica.

Pues bien, nos encontramos ante una de las cuestiones que mayores controversias ha suscitado, tanto desde el punto de vista jurisprudencial como doctrinal, por las consecuencias que se derivan de esta contratación laboral temporal realizada por la Administración Pública en fraude de ley, y es que, aunque como la Administración en su condición de empresario tiene la posibilidad de acudir a las distintas modalidades de contratación previstas en la legislación laboral, entre ellas, las que se encuentran sujetas a una duración cierta, el problema se plantea a la hora de conciliar las previsiones del Derecho Laboral a este respecto, reguladas básicamente en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que necesariamente han de regir el acceso al empleo público y además, otro elemento que siempre ha pasado desapercibido por nuestros tribunales y para la doctrina, salvo alguna excepción (Sala Franco)⁴; y que a mi juicio resulta esencial, es el obligado examen de la legalidad de la decisión administrativa previa que da origen a la contratación laboral ilegal, pues sin esta decisión no existiría relación jurídica, de manera que como expondré posteriormente resulta muy discutible

⁴ SALA FRANCO, T. y ALTÉS TÁRREGA, J.A., (2008), "La contratación de personal laboral en la Administración Local. *Revista de Estudios locales (CUNAL)*, nº 112 (Extraordinario), págs. 55 y ss.; a este respecto destaca la posición de este autor que crítica la solución jurisprudencial y que en gran medida coincide con nuestra posición como expondré posteriormente en las consideraciones finales de este apartado.

la vis expansiva de la Jurisdicción Social en esta materia, y con ello, las consecuencias que sufre la administración por la creación imaginativa de esta nueva figura contractual.

El origen de esta doctrina jurisprudencial como ya es conocido se fundamenta en nuestro sistema jurídico laboral, que se caracteriza por considerar la contratación de carácter indefinido como general en contraposición a la contratación realizada por tiempo determinado, que reviste carácter excepcional, tal y como se desprende del propio artículo 15 Estatuto de los Trabajadores, en el que si bien, se admite la opción para el empresario de celebrar contratos temporales, condiciona su origen al cumplimiento de una serie de requisitos formales y materiales, en particular, a la existencia de una determinada causa que justifique la temporalidad, así, la prueba más evidente de esta primacía del contrato indefinido en el ordenamiento jurídico laboral es que el Estatuto de los Trabajadores, establece un mecanismo de presunciones cuya operatividad hace que la relación laboral devenga indefinida, de todas formas un examen más detallado de esta cuestión la he expuesto en un trabajo anterior y a ella me remito⁵.

⁵ FONDEVILA ANTOLIN, J. (2012), Op. cit., págs. 623 y ss., para una más fácil lectura se reseña de forma resumida el contenido parcial de esta obra, en concreto:

"Dicho lo anterior, es preciso tener en cuenta que nuestra legislación en materia de contratación laboral, en la actualidad el artículo 15.1 del ET establece que *"el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada"*. La simple lectura del precepto transcrito nos debe llevar a concluir que se está consagrando el principio de libertad contractual, reconociendo a las partes total autonomía y libertad para concertar el contrato de



trabajo que estimen más conveniente para sus intereses. Sin embargo, el principio de libertad contractual previsto en el artículo 15.1 ET es aparente, no es real, ya que a continuación, en el siguiente párrafo del mismo apartado se prevé que *«podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos»*, procediendo el legislador a continuación a la enumeración de, únicamente, tres tipos de contratos temporales: el contrato de obra o servicio, el contrato eventual y el contrato de interinidad, si bien, la tipología contractual temporal no se agota en la enumeración efectuada en el artículo 15 del ET, dado que en otros preceptos se hace referencia a otros contratos temporales, como es el caso de las previsiones del artículo 11 del ET, regulador de los contratos formativos, o en el artículo 12 ET al regular el contrato de relevo, e incluso, fuera del ET, como sucede con el contrato temporal para el fomento del empleo de discapacitado al que se refiere la Disposición Adicional 1ª de la Ley 43/2006. Sin embargo, la dispersión normativa de los contratos temporales no debe llevarnos a engaños, ya que la contratación laboral configurada en nuestra legislación laboral responde a un modelo de *"númerus clausus"*, en este sentido se ha manifestado la Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo social) de 27 de julio de 1993.

Así, como señala Gil Plana, el apartado 1º del artículo 15 ET consagra, no la libertad contractual, sino la estabilidad en el empleo, de suerte que las partes carecen de autonomía para elegir el tipo de contrato de trabajo, o, en otros términos, no pueden formalizar el contrato laboral que consideren conveniente a sus intereses. Por lo tanto, debe acudirse, como regla general, al contrato de duración indefinida, salvo que se aprecie alguno de los supuestos previstos legalmente para la celebración de un contrato temporal.

La contratación temporal emerge en el derecho positivo como excepción frente a la contratación indefinida, y viene caracterizada por dos principios: el de tipicidad y el de causalidad. En efecto, las partes sólo pueden formalizar alguno de los contratos temporales previstos en las normas

(principio de tipicidad) y sólo si se da alguna de las causas o supuestos que caracterizan la contratación temporal (principio de causalidad).

A este respecto, de forma clara se manifiesta el Tribunal Supremo (sala de lo social), en cuanto al principio de tipicidad, en su Sentencia de 6 de mayo de 2003 (Rec. nº 2941/2002), que declara: *"sigue advirtiendo la doctrina más autorizada, [que] el cambio terminológico no elimina la preferencia del contrato indefinido, ya que el de duración determinada sólo es posible en los casos que la norma explicita"*.

[.....]

Además, se ha de tener presente que el marco jurídico de la contratación laboral se integra dentro de las normas de derecho necesario, no disponible ni por las partes contratantes ni por la negociación colectiva; de suerte, que no podrán introducir nuevos supuestos de temporalidad o suprimir los ya existentes, ni alterar el régimen jurídico previsto para los contratos laborales, así, declara el Tribunal Supremo (sala de lo social) en su sentencia de 4 de octubre de 2007 (Rec. nº 1505/2006).

[.....]

La actual redacción del artículo 15.1 del ET fue introducida por la Ley 11/1994, de 19 mayo, que elimina la presunción de indefinición en la contratación establecida en dicho precepto, sin que la desaparición formal de la presunción genérica de indefinición del contrato de trabajo haya supuesto una relativización del principio de estabilidad ni un posicionamiento neutral (Montoya Melgar) del legislador en materia de contratación laboral, ya no sólo porque tras proclamar la libertad contractual el legislador procede a enumerar taxativamente los posibles contratos temporales, sino porque en el propio ET se mantienen vigentes una serie de mecanismos que contemplan como consecuencia jurídica la duración indefinida del contrato de trabajo, en concreto:

a) El inciso final del apartado 2º del artículo 8.1 del ET, ligada a la inobservancia de la forma escrita en los contratos cuando ésta es exigida legalmente, establece que *"de no*



Ahora bien, la aplicación de la presunción de contrato fijo, cuando el empresario es una Administración Pública resulta enormemente compleja, en la medida en que entran en juego los principios constitucionales, en concreto, los de igualdad, mérito y capacidad, que impiden aplicar automáticamente las previsiones del Derecho Laboral e igualmente como ya he indicado el examen de la legalidad de la decisión administrativa previa que da origen a la contratación laboral ilegal. En una primera aproximación a este problema, se plantearon dos alternativas para dar una respuesta a dicho conflicto⁶: la primera era considerar

observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios”.

b) Asimismo, el artículo 15.2 ET, se dice que *“adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el período de prueba”* salvo prueba en contrario.

c) Destaca también las previsiones del artículo 15.3 del ET el cual declara que *“se presumirá por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”.*

d) Finalmente, en el artículo 49.1 c) del ET se afirma que, *«expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuará en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario».*”

⁶ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., (2000) “La contratación temporal en la Unificación de Doctrina”, *Justicia laboral* nº 1, pág. 44; en el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C., (2007), “Contratación Temporal en la unificación de doctrina”, *Revista de Derecho Social*, nº 18, pág. 197.

que las Administraciones Públicas estaban sujetas al ordenamiento laboral cuando actuaba como empresario, por lo que el contrato fraudulento se convertía en indefinido, consolidándose la plaza; o bien, la segunda posición era considerar que debía aplicarse de forma preferente el ordenamiento jurídico administrativo, de modo que no era posible consolidar una plaza en el empleo público al margen de los procesos de selección reglados, por lo que la normativa laboral no desplegaba sus efectos en estos supuestos.

Ahora bien, estas posiciones, en principio radicalmente enfrentadas, no recibieron un apoyo definitivo, sino que fueron objeto de un amplio debate doctrinal⁷ así como de una amplia doctrina

⁷ Con carácter meramente ejemplificativo se pueden destacar, entre muchos otros, FOLGUERA CRESPO, J., (1992) "Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales", *Actualidad laboral*, núm. 18, págs. 337 y ss.; CARRATALÁ TERUEL, J. L. y LABADO SANTIAGO, J. M., (1993), «Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública», *Tribuna Social*, núm. 13, págs. 71 y ss.; BORRAJO DACRUZ, E., (1998) "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial", *Actualidad Laboral*, núm. 2, págs. 373 y ss.; GARRIDO PALACIOS, J., (1998), "Dos nuevas Sentencias del Tribunal Supremo sobre la interinidad indefinida del personal laboral de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social*, núm. 2, págs. 183-192; MOLINER TAMBORERO, G., (2000), "La contratación de personal laboral en las Administraciones Públicas: Puntos críticos", en Dir. Moliner Tamborero, «*La Administración Pública como empresario: aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las administraciones Públicas*», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 17 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., (2003), "La contratación laboral en las Administraciones Públicas", Aranzadi,



jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo, cuyos pronunciamientos han ido alternando entre aquellos que dan preferencia a la aplicación de los principios del ordenamiento jurídico administrativo y que, por tanto, impiden la conversión del contrato en indefinido, amparándose en las exigencias de los principios de igualdad, mérito y capacidad; y aquellos otros que dan preferencia a la aplicación de la normativa laboral, justificando tales decisiones en el principio de legalidad y en la vinculación de la Administración a las leyes laborales cuando actúa como empresario; finalmente se optó por una solución "imaginativa", a la cual ya hemos criticado, mediante la creación jurisprudencial de la figura inexistente hasta ese momento del denominado "*personal indefinido no fijo de plantilla*"⁸. Descendiendo a un plano más concreto, dentro de la evolución jurisprudencial experimentada sobre este particular, es posible identificar cuatro grandes etapas⁹, si bien, con

Pamplona, págs. 99-113; DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., (2000), págs. 44 y ss.; RIVERO LAMAS, J.,(2004) "Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 124, págs. 623 y ss.; y ALZAGA RUIZ, I., (2007) "Contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas: especial consideración del contrato de interinidad", *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 7, págs. 220 y ss.

⁸ MORÓN PRIETO, R., (2001), "La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla: supuestos, procedimientos y efectos", *Revista de Derecho Social*, núm. 14, pág. 197.

⁹ Me remito para un examen de la evolución jurisprudencial sobre el tema en FONDEVILA ANTOLIN, J. (2000), "*Constitución y Empleo Público*", Comares, Granada, pág. 203 y ss. y también del mismo autor, (2012), Op. cit., págs. 679 y ss.; asimismo destacamos MOLINER TAMBORERO, G., (2000), Op. cit. págs. 81 y ss.; y SALA FRANCO, T. y ALTÉS

pronunciamientos contradictorios dentro de ellas mismas, a este respecto me remito al examen detallado que sobre esta cuestión realizo en otro trabajo. Como consecuencia de esta doctrina jurisprudencial las administraciones públicas se encontraron y encuentran con un grave problema por la invasión de enormes colectivos de personal que acceden a la administración sin superación de proceso selectivo alguno y cuyo único mérito en la mayoría de los casos son las vinculaciones de carácter político o clientelar, y como consecuencia de ello, la imposición judicial de tres clases de empleados públicos laborales (fijo, temporal e indefinido).¹⁰A esta jurisprudencia debemos añadir el Auto 124/2009 del Tribunal Constitucional de 28 de abril, en el cual este órgano, se niega a entrar a valorar si la opción de la jurisdicción social es adecuada o no, evitando pronunciarse de forma clara y precisa, e incluso añade que es un problema de diferentes interpretaciones jurídicas, de manera que la opción de residenciar el tema en la nulidad conforme las previsiones del ordenamiento administrativo, también es posible, en pocas palabras, una faena de aliño que no aclara nada y pasa de puntillas sobre el tema central.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que el Tribunal Supremo continúa incorporando nuevas cuestiones sobre el régimen jurídico de esta clase de personal, ante la ausencia regulatoria en el TREBEP como ya he indicado anteriormente, y la última cuestión la encontramos en la sentencia de 28 de

TÁRREGA J. A., (2008), Op. cit. págs. 88 y ss. entre muchos otros.

¹⁰ SALA FRANCO, T., (2009) "*Las modalidades de la contratación laboral*", Tirant lo Blanch, Valencia.



marzo 2017 (rec. 1664/2015) que considera que los contratos indefinidos no fijos no son contratos temporales, lo que genera varios problemas interpretativos en cuanto a su régimen jurídico y más a la vista de la reciente doctrina del TJUE que examinaremos posteriormente con relación al régimen de indemnizaciones del personal temporal, así, en primer lugar, no logro comprender que una relación jurídica que nace con una clausula resolutoria impuesta por el ordenamiento administrativo (oferta de empleo obligatoria) sea calificada como no temporal pues de su propia naturaleza jurídica así debe deducirse, salvo que el Tribunal nos esté reservando un sorpresivo nuevo giro a su doctrina, en contra de los principios constitucionales de acceso al empleo público y los derechos fundamentales (artículo 23.2 C.E.), esto además genera varios problemas añadidos pues si el personal indefinido no fijos no es temporal, parece razonable entender que la doctrina del TJUE sobre las indemnizaciones en caso de cese de los contratos temporales interinos no les resultaría de aplicación, y en segundo lugar, con relación a en que causa resolutoria del TRET puede subsumirse la cobertura reglamentaria de la plaza, si la relación se transforma de temporal a indefinido en el sentido de la legislación laboral que no del TREBEP, y este panorama cada vez resulta más preocupante para el empleo público, pues la pregunta es ¿estamos en presencia de un proceso paulatino de consolidación por la puerta de atrás de todo este personal, ante los problemas originados por las recientes sentencias del TJUE?, a estas alturas cualquier alternativa es posible a la vista de las disfunciones que el control político está generando en el empleo público.

2.1.1. Situaciones y actuaciones ilegales que originan el reconocimiento de la condición de personal indefinido no fijo de plantilla.

Estimo también necesario realizar un breve e imprescindible repaso de las principales causas o situaciones ilegales que por parte de los responsables políticos de nuestras administraciones públicas han dado soporte a la aparición de esta figura y que es el ejemplo perfecto que ratifica nuestra crítica sobre el proceso de laboralización en nuestras administraciones como un diseño planificado de reclutamiento de personal de confianza en un sentido clientelar, y así, lograr salvar los obstáculos que la legislación ordinaria establecía para el acceso profesional al empleo público; y se apreciara que en todos los supuestos resulta necesaria una previa decisión administrativa expresa o tácita, es decir, un acto administrativo previo a la constitución de la relación jurídica con la administración:

a) Encadenamiento de contratos temporales regulares (entre otras, SsTS 3/12/2013, rec. 816/13; y 22/7/2013, rec. 1380/12; y STSJ Asturias 22/1/2010, rec. 2537/2010; y STSJ de Madrid 25/9/2009, rec. 1906/2009). A este respecto es preciso llamar la atención de que esta situación nace de una actuación consciente de permitir la continuidad del trabajador, a pesar de que su contrato no lo permite por haber sobrepasado el plazo límite, en muchas entidades locales e incluso comunidades autónomas, lo que conocemos de primera mano, ha resultado habitual la permisibilidad consciente de tolerar el encadenamiento en fraude de ley, de manera que con ello, se garantizaban que el trabajador podía conseguir de inmediato la continuidad indefinida en el puesto de trabajo en el momento de cambio de gobierno tras un



proceso electoral, mediante la interposición de la correspondiente demanda en el orden social.

b) La cesión ilegal de trabajadores (SsTS 23/11/2016, rec. 91/2016; 17/9/2002, rec. 3047/2001; y 19/11/2002, rec. 909/2002), este otro supuesto característico de clientelismo político, pues se refiere a los casos de los antiguos contratos de "asistencia técnica" o actualmente los "contratos de servicio" utilizados por los dirigentes políticos para incorporar mediante la adjudicación a empresas "amigas o de confianza" en procesos de adjudicación utilizando generalmente el procedimiento "negociado sin publicidad", a las cuales se les encomiendan funciones que debían realizar directamente con sus propios medios personales las administraciones públicas, marginando a los funcionarios o simplemente sustituyéndoles, actuando este personal externo de facto como empleados públicos y sometidos directamente a las órdenes de los órganos políticos responsables, ejemplos de estas situaciones son múltiples y variados en todas las administraciones, y a título de ejemplo puedo citar lo ocurrido en la Comunidad Autónoma de Cantabria, en la Dirección General de la Mujer, entre los años 2003-2011, donde el número de funcionarios quedo reducido a 5 y en cambio estas empresas que les sustituían alcanzaban el número de más de 30 personas, por supuesto, en el momento del cambio de gobierno tras proceso electoral, todos fueron declarados indefinidos no fijos, si bien, en este caso se optó por despedir a este personal de acceso ilegal e indemnizar por despido improcedente, y como este otros muchos casos de público conocimiento.

c) Los contratos laborales interinos por vacante, por superación del plazo previsto para la convocatoria

de la oferta de empleo público establecido en el TREBEP (SSTS 14/7/2014, rec. 1847/2013; 15/7/2014, rec. 1833/2013; y 14/10/2014, rec. 711/2013), y recientemente destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 1431/2016 de 11 Mar. 2016, Rec. 1944/2015 que recogía la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 o 16 de febrero de 2016, y que generaron un revuelo social, al afirmarse por las referencias de prensa, que las mismas transformaban a los "interinos" en "indefinidos", cuando lo que realmente declaraban las mismas era la transformación de los "contratos laborales interinos" en "indefinidos no fijos", por fraude en la utilización del tipo contractual.

Pues bien, a este respecto, existe un claro responsable que no es otro que el Ministerio de Hacienda y su decisión de establecer la denominada "tasa de reposición de efectivos", o como lo denomino personalmente "Plan de empleo de reducción de plantillas encubierto y sin garantías jurídicas". Esta ha supuesto la imposibilidad de que las administraciones pudieran regularizar las convocatorias obligadas de puestos de trabajo sometidos a la fórmula de contrato interino, las consecuencias ahora son más graves, pues la herencia dejada son miles de contrataciones laborales bajo la condición de "indefinido no fijo", con graves problemas de gestión, pues recordemos que su régimen jurídico se está construyendo a golpe de sentencia y es objeto de una permanente revisión judicial, y además, va a originar con seguridad un argumento más a las organizaciones sindicales para la defensa de procesos restringidos de acceso al empleo público, que a mi juicio resultan claramente inconstitucionales.



d) La utilización de modalidades de contratos laborales en fraude de ley, en este sentido podemos citar entre otras muchas las iniciales Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero y 6 de mayo de 1987 (Rec. nº 825 y 3247 respectivamente) y la de 13 de septiembre de 1988, y que sigue siendo admitida actualmente, así, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002 (Rec. 1251/2001). A este respecto, debemos reiterar lo ya manifestado anteriormente con relación a los encadenamientos de contratos, pues la práctica, usos y finalidad han sido idénticos.

e) Subrogación empresarial-reversión (no así en un proceso de privatización)¹¹: Esta situación tiene cuatro orígenes fundamentales en la obligación de subrogación en las relaciones laborales que se mantienen con los trabajadores: la sucesión de empresas derivada del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores el cual es trasunto de la normativa europea que se plasma en la Directiva 2001/23/CE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; la denominada sucesión de plantillas fundamentalmente de creación jurisprudencial; la subrogación que se deriva de un

¹¹ Un examen detallado de estas situaciones lo encontramos en CASTILLO BLANCO, F. (2016) "Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados", de la *Revista EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 58-59, y también del mismo autor, (2017), "*La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*", Colección Estudios de Relaciones Laborales, Diputación Provincial de Barcelona-CEMICAL, Barcelona.

convenio colectivo que prevé dicha obligación; y, por último, la subrogación como consecuencia de las previsiones contenidas en los pliegos de cláusulas administrativas derivados de una contratación pública o del incumplimiento del propio contrato en la denominada "cesión ilegal de trabajadores". A lo que debemos añadir un nuevo supuesto derivado de los procesos iniciados al amparo de la nueva política de recortes económicos que se da en la remunicipalización de servicios públicos y sobre los que resulta de directa aplicación la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-509/14, de 26 de noviembre), lo cual origina un claro problema de integración entre sistemas, y que por colisión con los principios constitucionales aplicables al acceso al empleo público conlleva la declaración de la relación laboral de este personal como indefinido no fijo de plantilla. Otra clásica actuación por decisión política con unas claras consecuencias en perjuicio del empleo público.

A todo lo dicho, debemos añadir una consideración sobre el ámbito subjetivo de la aplicación de esta figura de los "indefinidos no fijos de plantilla" a las sociedades y fundaciones públicas, dada la extensión de aplicación de las previsiones del artículo 55 del TREBEP a estas entidades, como ya he explicado en un apartado anterior, y en especial, debo destacar la importante declaración de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2009 (rec. 773/2007) que aborda la interesante cuestión de la situación de los trabajadores irregulares en las sociedades públicas, campo abonado en el que abundan las corruptelas y accesos laborales bajo criterios "digitales", "de hecho" o de "clientelismo", y que al amparo de la denominada "huida del Derecho Administrativo" al crear Empresas públicas se convirtió



en el instrumento adecuado para que al amparo de la doctrina de la Jurisdicción Social evitar la utilización de procesos selectivos legales y sometidos a las exigencias constitucionales. En este caso, la Sala declara idéntica consecuencia que, para las Administraciones Públicas, en el sentido de considerar que los trabajadores que acceden en condiciones fraudulentas o irregulares a tales sociedades públicas no son trabajadores fijos, sino les corresponde esta figura de la imagería de "indefinidos, pero no fijos, dentro de lo malo (seguimos rechazando esta figura), el menor de los males.

2.1.2. Examen de la ilegalidad de utilizar el reconocimiento de oficio para estas situaciones.

Desde hace unos cuantos años se está produciendo un fenómeno generalizado sobre todo en las entidades locales, y así lo he constatado por mi colaboración con la *Revista el Consultor de los Ayuntamientos*, por el cual se están adoptando acuerdos masivos por los cuales se reconoce de oficio la condición de personal indefinido no fijo de plantilla o también se produce el reconocimiento administrativo previa solicitud del interesado. Efectivamente esta cuestión resulta conflictiva, pues, por un lado, nos encontramos con una regulación básica al respecto que reconoce la existencia de esta figura (art. 8 y 11 TREBEP), pero a su vez existe otro elemento determinante y es la inexistencia de un régimen jurídico normativizado, pues el mismo se está configurando exclusivamente por vía de la Jurisprudencia, de manera que solo por esta vía parece posible y correcto el reconocimiento de esta condición. Desde luego resulta extraño al orden jurídico que una administración adopte la decisión de reconocer una actuación ilegal y sin adoptar las obligadas medidas

para atacar esa situación (revisión de oficio, exigencia de responsabilidades administrativas, disciplinarias e incluso penales), se limite simplemente a reconocer una situación administrativa de una figura cuyo régimen jurídico solo está determinado por la intervención judicial. Esta opinión personal se ha visto confirmada por varios pronunciamientos, en concreto:

a) Órganos consultivos: En concreto, el Consejo Consultivo de Andalucía considera que no es posible esta actuación de oficio, e informa favorablemente la revisión de oficio de la decisión adoptada por el Ayuntamiento, así lo ha considerado en varios dictámenes, valga por todo el dictamen 101/98, de 8 de octubre. En el mismo sentido el Consejo Consultivo de Castilla - La Mancha, en su Dictamen nº 41/2012, de 14 de marzo.

b) Pronunciamientos jurisdiccionales:

1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sala de lo contencioso administrativo sección 4ª, de 19 de febrero de 2014 (rec. nº 170/2013,) que alude a que el personal indefinido no fijo requiere un pronunciamiento judicial del orden social que reconozca esa relación temporal viciada e irregular otorgando el carácter de "indefinido". Igual criterio, prevalencia de los principios derivados del Derecho público, puede verse en la STSJ de Castilla La Mancha de 20 de diciembre de 2013 (rec. 304/2012).

2. Finalmente, también se rechaza esta posibilidad, entendiendo que no es posible permitir una práctica irregular de otorgar capacidad de regularizar a quien, con mala fe y abuso de derecho, provocó dicha situación, en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de junio de 2014 (rec. nº 48/2014. Sala de lo Contencioso) que analiza



la actuación, en fraude de Ley de una Administración, con el propósito de conseguir esa situación de indefinido no fijo que, no duda en calificar, como posible delito de prevaricación dados los informes negativos emitidos por el Secretario y el Interventor de dicho Ayuntamiento.

c) Las recientes modificaciones de la Ley 3/2017 LGPE.

Por último, a este respecto esta cuestión estimo que queda cerrada tras la aprobación, con carácter básico y de aplicación directa a todas las administraciones públicas, de la disposición adicional trigésimo cuarta que establece la prohibición absoluta del reconocimiento de oficio de estas situaciones y además regula la exigencia de responsabilidades administrativas y disciplinarias para quienes incumplan sus previsiones, de todas formas sobre esta cuestión volveremos posteriormente a su análisis dadas las implicaciones esenciales que la misma tiene con relación a los últimos pronunciamientos del TJUE con relación a la utilización abusiva de la contratación laboral temporal.

Por lo tanto, además de reiterar mi inicial posición opuesta al reconocimiento de oficio por las administraciones públicas de la condición de indefinido no fijo, es preciso tener en cuenta que el nuevo marco legal de forma definitiva cierra esta posibilidad.

2.2. Una crítica a la vis expansiva de la Jurisdicción social con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del indefinido no fijo.

Con independencia del alcance de las medidas anteriores, especialmente la referida a la exigencia de responsabilidades, creo que puede ser interesante reiterar mi crítica a la doctrina jurisprudencial del orden social que dio origen a esta figura y proponer otra alternativa al respecto.

Así, conforme lo señalado anteriormente 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. Efectivamente, 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 residenciadas 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 razones¹² que

¹² 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.

2) 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

resultan de directa aplicación a este supuesto, 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

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."



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 5ª, 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 nº 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 parece que es compartida en parte por Sala Franco como he señalado anteriormente, 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 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 establecidas en las previsiones de la disposición transitoria trigésimo cuarta de la Ley 3/2017 LGPE, cuestión ésta que examinare con mayor detalle en un apartado posterior, cumplirían las



exigencias de las citadas sentencias del TJUE, de manera que resulta innecesario acudir a la creación de nuevas figuras de la imaginación española.

3. El Problema de la duración abusiva de la contratación temporal (laboral y funcionarial) y la Jurisprudencia del TJUE.

En este punto de la cuestión, además de lo ya expuesto en el apartado anterior, es preciso añadir unas consideraciones previas con respecto a la funcionalidad y efectos de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Hay que tener en cuenta que el Acuerdo Marco no se opone a que por parte de un estado miembro se prohíba la conversión de una relación laboral temporal en indefinida, en términos del ordenamiento de empleo público español "fija", si bien, esta posibilidad solo es admisible si el estado ha establecido medidas en su ordenamiento jurídico interno que prevenga y en especial sancione el abuso en la contratación temporal sucesiva o de facto indefinida.

Asimismo, es importante destacar que el TJUE en su jurisprudencia¹³ ha recogido una serie de medidas que deben adoptar los estados cuando su ordenamiento interno resulta incompleto, así, la fijación de las

¹³ Sentencias del TJUE de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07; 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10; 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13; 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13; y la de 26 noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22-13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13.

razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos temporales, la fijación de una duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo y el número máximo de sus renovaciones. En estas mismas resoluciones judiciales también se declara que las autoridades nacionales deberán adoptar medidas proporcionadas, pero especialmente efectivas y disuasorias, previsión esta última clave a mi juicio. Es también reseñable que el TJUE en su sentencia de 14 de septiembre de 2016, Asunto Pérez López, C-16/15, considera que la administración puede apreciar libremente razones objetivas que justifiquen la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada, y que tampoco existe una obligación de crear puestos de trabajo estructurales, siempre y cuando las contrataciones no se conviertan en un fraude legis, es decir, se esté encubriendo mediante contrataciones temporales situaciones objetivas que justifiquen una obligada creación de plantilla fija.

Como hemos visto, la cuestión esencial del conflicto generado por las recientes sentencias del TJUE, es la determinación de si existen en nuestro ordenamiento las adecuadas medidas o razones objetivas que justifiquen la inaplicación de las obligaciones de la Directiva sobre la duración abusiva de la contratación temporal, cuestión esta que a continuación examinaremos.

3.1. Examen de la figura de las "Medidas o razones Objetivas", conforme la doctrina del TJUE.

Como he indicado el Acuerdo marco no impone a los estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada, sino que



deja, en principio, a los estados miembros *"la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. De ello resulta que el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos de duración determinada"*.

Por otro lado, el TJUE en las sentencias ya citadas anteriormente precisa que, *"para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada"*.

Así podemos examinar algunos ejemplos que el TJUE ha considerado que contienen prohibiciones de conversión en el empleo público que sí son compatibles con el Acuerdo Marco:

1. Derecho Griego. Asunto Angelidaky

Existe una prohibición de conversión en el art. 103.2 y 8 de la Constitución de la República Helénica.¹⁴

¹⁴ Establecen lo siguiente: «2. Nadie podrá ser nombrado funcionario en un puesto de plantilla no establecido por Ley. Excepcionalmente, una Ley especial podrá determinar que se atiendan necesidades imprevistas y urgentes con personal contratado por tiempo determinado en régimen de Derecho privado.

8. La Ley determinará las condiciones y la duración de la relación laboral de Derecho privado en la Administración y en

Por lo que se refiere a las medidas para prevenir y sancionar los abusos en la contratación temporal, el Decreto Presidencial 164/2004, por el que se establecen disposiciones relativas a los trabajadores con contratos de duración determinada en el sector público (FEK A 134/19.7.2004), adaptó a la Directiva 1999/70 la legislación helénica aplicable al personal del Estado y del sector público en sentido amplio,

a) Prohibición de contratos sucesivos.

El art. 5 del Decreto Presidencial 164/2004 está redactado en los siguientes términos:

"Contratos sucesivos: 1. Quedan prohibidos los contratos sucesivos celebrados y ejecutados entre el mismo empleador y el mismo trabajador en una actividad idéntica o similar y bajo condiciones laborales idénticas o similares cuando el intervalo entre estos contratos sea inferior a tres meses. 2. Excepcionalmente se permitirá celebrar estos contratos en los supuestos en que estén justificados por una razón objetiva. Existe una razón objetiva cuando los contratos que sigan al contrato inicial se celebren para atender necesidades especiales del mismo tipo, que guarden conexión directa e inmediata con las

el sector público en sentido amplio, tal y como se define en la Ley caso por caso, para cubrir o bien puestos de plantilla además de los previstos en el primer párrafo del apartado 3, o bien necesidades transitorias o imprevistas y urgentes, conforme al segundo párrafo del apartado 2. La Ley determinará asimismo las funciones que puede ejercer el personal del párrafo anterior. Se prohíbe titularizar por ley al personal mencionado en el primer párrafo o transformar sus contratos en contratos por tiempo indefinido. Las prohibiciones de este párrafo rigen también para las personas empleadas mediante contrato de obra».



características, la naturaleza o la actividad de la empresa. [...]. 4. El número de contratos sucesivos no podrá ser, en ningún caso, superior a tres, salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo siguiente".

b) Duración máxima de los contratos temporales.

El art. 6 de dicho Decreto establece:

"Duración máxima: 1. Los contratos sucesivos celebrados y ejecutados entre el mismo empleador y el mismo trabajador en una actividad idéntica o similar y bajo condiciones laborales idénticas o similares, no podrán exceder de un período total de empleo de veinticuatro meses, con independencia de que se celebren en aplicación del artículo precedente o de otras disposiciones de la legislación vigente. 2, La duración total del período de empleo sólo podrá exceder de veinticuatro meses cuando se trate de categorías especiales de trabajadores, en atención a la naturaleza y a las características de la prestación laboral, previstas en la legislación vigente, como, en particular, en el caso de los directivos, de los trabajadores contratados en el marco de un programa específico de investigación o de programas subvencionados o financiados, y de los trabajadores contratados para la realización de trabajos vinculados al cumplimiento de obligaciones derivadas de convenios celebrados con organismos internacionales".

c) Sanciones por incumplimiento.

El art. 7 del Decreto Presidencial 164/2004 dispone:

"Sanciones del incumplimiento: 1. Todo contrato celebrado en infracción de las disposiciones de los artículos 5 y 6 del presente Decreto es nulo de pleno

derecho. 2. En caso de que el contrato nulo se haya ejecutado total o parcialmente se abonarán al trabajador las cantidades de dinero que se le adeuden con arreglo a dicho contrato y las cantidades eventualmente pagadas no serán repetibles. El trabajador tiene derecho, en concepto de indemnización por el período en que fue ejecutado el contrato de trabajo nulo, a percibir la cantidad a la que tendría derecho un trabajador equivalente con un contrato por tiempo indefinido en caso de rescisión de su contrato. Si hay más de un contrato nulo, el período considerado a efectos del cálculo de la indemnización del daño es la duración total del período de empleo con arreglo a los contratos nulos. Las cantidades de dinero pagadas por el empresario al trabajador se imputarán al responsable. 3. El infractor de las disposiciones de los artículos 5 y 6 del presente Decreto será castigado con la pena de reclusión [...1. Si la infracción es culposa, el responsable será castigado con la pena de reclusión de hasta un año. La misma infracción constituye paralelamente una falta de disciplina grave”.

Como puede apreciarse la prohibición de conversión está compensada por lo siguiente: una regulación detallada de las condiciones para concertar contratos de duración determinada, así como el establecimiento de límites claros y precisos. Y en el caso de incumplimiento, se prevén sanciones también concretas.

2. Derecho Italiano. Vasallo - Asunto Marrosu Sardino

El art. 36 del Decreto Legislativo núm. 165, de 30 de marzo de 2001, por el que se establecen normas generales relativas a la ordenación del trabajo en las Administraciones públicas establece una habilitación



genérica a la Administración para el empleo de contratos de duración determinada, así como una prohibición de conversión:

"1. Las Administraciones públicas podrán utilizar, siempre que respeten las disposiciones en materia de selección de personal contenidas en los apartados anteriores, las formas contractuales flexibles para la selección y empleo del personal previstas en el Código Civil y en la legislación relativa al trabajo por cuenta ajena en la empresa. Los convenios colectivos nacionales regularán los contratos de duración determinada, los contratos de formación y empleo, las demás relaciones de formación y de prestación de servicios de trabajo temporal [...].

2. En cualquier caso, la infracción por parte de las Administraciones públicas de las disposiciones imperativas relativas a la contratación o al empleo de trabajadores no podrá dar lugar a la constitución de relaciones laborales por tiempo indefinido con dichas Administraciones públicas, sin perjuicio de cualquier responsabilidad o sanción aplicables. El trabajador interesado tendrá derecho al resarcimiento de los daños derivados de la prestación de trabajo efectuada en contra de lo establecido en las disposiciones imperativas. Cuando la infracción sea imputable a dolo o culpa grave, las Administraciones recuperarán las sumas abonadas por dicho concepto de los directivos responsables".

Por un lado, se prohíbe la conversión y por otra se establecen sanciones para el caso de que se incumplan las condiciones previstas en la regulación general para la contratación de duración determinada. Estas medidas son consideradas formalmente por el TJUE como efectivas para evitar y sancionar el uso

abusivo de la contratación temporal de la Administración.

Pues bien, esta clase de medidas de forma muy similar, a nuestro juicio, ya se encontraban recogidas en nuestra legislación, aunque es cierto que no de una forma directa aunque si implícita, como explicaremos en un apartado posterior cuando examinemos las resoluciones de los órganos judiciales españoles al respecto, de todas formas lo determinante es que no es cierto que estemos en presencia de un marco jurídico incontestable que obliga a todos los tribunales nacionales a reconocer el carácter indefinido de las relaciones tanto laborales como de funcionarios interinos en nuestro empleo público.

Dicho lo anterior, es muy importante destacar como ya he indicado en otro apartado la reciente reforma legal introducida por la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, en la disposición adicional trigésimo cuarta, con carácter básico y de aplicación directa a todas las administraciones públicas, que recoge de forma expresa, ahora sí de una forma directa, una medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de la contratación temporal, que resulta muy similar a las recogidas en los ordenamientos griego e italiano, que como hemos indicado han sido admitidos por el TJUE, por ello, estimo que a partir de este momento, aunque como es habitual cuando ya tenemos el incendio declarado, nuestros tribunales ya no pueden continuar con la línea de pronunciamientos recientes, sino que deberán ampararse en estas previsiones para rechazar toda esta clase de pretensiones de reconocimiento de la condición de relación "indefinida", tanto para el personal laboral como de forma indirecta para los funcionarios interinos.



Asimismo, también resulta de especial importancia las previsiones de la disposición adicional vigésima sexta,¹⁵también con carácter básico y de

¹⁵ Disposición adicional vigésima sexta. Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.

Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

aplicación a todas las administraciones públicas, que regula la prohibición de incorporación de personal laboral proveniente del rescate o remunicipalización de servicios públicos y el proveniente de reordenaciones del sector público para su integración en la administración general, y que a mi juicio, se configura claramente como una medida en el sentido exigido por el TJUE.

3.2. La Contratación laboral temporal (encadenamiento de contratos), según la doctrina del TJUE.

Debo comenzar destacando que se dictaron a este respecto unas interesantes sentencias por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en concreto, la de 7 de septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y C-1 80/04, y también reiterando esta doctrina jurisprudencial destaca la Sentencia TJUE de 23 de abril de 2009, Asuntos acumulados núms. C-378107 a C-380/07, que podrían cuestionar la construcción jurisprudencial del trabajador laboral indefinido no fijo establecida por el Tribunal Supremo. Así, el Tribunal europeo entra a conocer dos cuestiones prejudiciales italianas sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre contratación temporal en el sector público y la determinación de sus consecuencias jurídicas ante la superación del límite nacional fijado para el encadenamiento contractual, establecido en nuestro Derecho por el artículo 15.5 TRET. Pues bien, el Tribunal en ambas resoluciones

Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.^a y 18.^a, así como del artículo 156.1 de la Constitución.



afirma que una normativa nacional que prohíbe en el sector público la transformación de los contratos temporales en indefinidos sin recoger ninguna medida alternativa que evite y sancione la utilización de los mismos, vulnera y frustra el efecto pretendido por la Directiva 1999/70/CE.

Esta posición jurisprudencial abrió un debate en la doctrina laboralista¹⁶, reclamando la necesidad de que se efectúe una nueva lectura y revisión de la doctrina del Tribunal Supremo con respecto a la configuración del régimen jurídico de los empleados públicos indefinidos no fijos, y en especial, con relación a la extinción de su relación jurídica.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), volvió a pronunciarse sobre esta cuestión y referida al ámbito de nuestras administraciones públicas, nos referimos al Auto de 11 de Diciembre de 2014, C-86/2014 (LA LEY 194535/2014), considerando este que existe una manifiesta desprotección de los trabajadores españoles del sector público frente al uso abusivo de la contratación temporal, estimando que el instrumento jurisdiccional de la conversión en indefinido no fijo de plantilla no es sanción eficaz para prevenir este abuso; pues la Administración en cualquier momento puede cubrir o amortizar la plaza unilateralmente sin abonar indemnización alguna al trabajador. Así, esta última resolución judicial está admitiendo la posibilidad de reconocer una indemnización a esta clase de personal en el caso de extinción de la misma, si bien, afortunadamente

¹⁶ LAHERA FORTEZA, J. (2007), «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE de 7 de septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y Asunto Ci 80/04)», *Relaciones Laborales*, 2007, pág. 592.

respetar el TJUE de forma indirecta las previsiones constitucionales nacionales sobre el acceso al empleo público (principios de mérito y capacidad), al reconocer que no es posible imponer a los Estados la transformación de los contratos en “fijos” o indefinidos en terminología del TJUE.

Dicho lo anterior, entendemos que como ya hemos señalado en el apartado anterior a partir de la modificación legal introducida en la Ley 3/2017 LGPE, en la disposición adicional trigésimo cuarta, este debate debe cerrarse definitivamente, desterrando la figura del personal laboral indefinido no fijo de plantilla, siendo cuestión diferente la exigencia o procedencia de una indemnización por el cese de este personal, cuestión esta que como ya he indicado también en estos momentos se encuentra pendiente de una aclaración solicitada en cuestión prejudicial por nuestro Tribunal Supremo.

Estimo que es precisa una revisión integral de la doctrina hasta estos momentos consolidada de los Tribunales de la Jurisdicción social, sobre la pervivencia de la figura del personal laboral indefinido no fijo de plantilla, de manera que debe comenzarse a adoptar las correspondientes decisiones judiciales tendentes a la desaparición de esta.

3.3. El último problema creado por nuestros Tribunales en aplicación de las últimas sentencias del TJUE: El reconocimiento judicial de los “funcionarios interinos indefinidos”.

Por si no fuera suficiente la problemática que ha creado en perjuicio del empleo público la creación de la figura del personal laboral indefinido no fijo como ya he



expuesto anteriormente, recientemente nuestros tribunales ha terminado de cerrar el círculo, añadiendo una nueva fuente de problemas y especialmente, quebrando el sistema administrativo tanto en la naturaleza y configuración de las relaciones funcionariales como en el propio sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas¹⁷.

a) Examen del contenido de las sentencias del TJUE que han servido de fundamento para las sentencias de nuestros tribunales que introducen en el ámbito administrativo a los funcionarios interinos indefinidos.

Pues bien, antes de los directos pronunciamientos originados como consecuencia de las recientes sentencias del TJUE ya se habían dictado

¹⁷ Efectivamente, la introducción de un régimen de indemnizaciones por cese de la relación jurídico funcional resulta no solo extraño sino asistemático, dado que estamos en presencia de relaciones jurídicas de sujeción especial, es decir, estatutarias y no contractuales. Ello, conlleva que cualquier incidencia en el desarrollo de esa relación debe ser reconducida a los instrumentos específicos del ordenamiento jurídico administrativo, y así, si se considera por decisión judicial que ha existido un funcionamiento "anormal" de la administración y conforme determina la sentencia judicial no existe obligación legal de soportar las consecuencias o "daños", el único sistema que regula las consecuencias jurídicas de esta clase de actuaciones es el de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, y por lo tanto, incorporar fórmulas ajenas al orden administrativo supone un grave ataque a esta técnica de carácter administrativo, que a nuestro juicio, es la adecuada y única posible de aplicación a estas situaciones.

algunas sentencias¹⁸ que resultaban muy preocupantes, si bien, estas siguen pendientes de la resolución de los correspondientes recursos interpuestos contra las mismas, pero lo importante es que estas ya suponían un aviso, sin justificación alguna a mi juicio, del desastre que se avecina para la gestión del empleo público y la ruptura dogmática que conlleva la interpretación de la doctrina del TJUE realizada recientemente por parte de nuestros tribunales en la jurisdicción contencioso administrativa, en concreto me refiero a las siguientes sentencias:

1. Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-184/15 (acumulado con el C-197/15), que resuelve el conflicto planteado en dos supuestos diferentes (funcionario interino y personal eventual estatutario) que comparten su sometimiento al orden administrativo en sus relaciones y con un elemento común, la excesiva duración de la temporalidad, así:

- Un funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria nombrado para la ejecución de un programa supuestamente temporal (la ejecución del convenio

¹⁸ La sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº2 de Vigo de 19 de septiembre de 2016 (Rec. nº 281/2010), reconocía a un funcionario interino la condición de "personal indefinido no fijo"; asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (sala de lo contencioso administrativo), de 31 de marzo de 2014 (Rec. nº 37/2012), reconocía la condición de "indefinido temporal" y por último, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sala de lo contencioso administrativo), en su sentencia de 20 de abril de 2016 (Rec. 528/2015), recogía la existencia de "relaciones jurídicas de personas indefinidas temporales".



relativo a un programa de ordenación urbana de un ayuntamiento) que comenzó en el año 1998. Tras la finalización de ese primer nombramiento, y debido a la prórroga del programa temporal, en 1999 volvió a ser nombrado funcionario interino. En 2012 se puso fin con carácter definitivo a la relación de servicio, "toda vez que el programa había sido ejecutado en su totalidad y que el contexto actual de crisis imponía la reducción de gastos de las Administraciones públicas". En total, la relación de servicio interina duró un total de 15 años.

- Una persona nombrada personal estatutario temporal eventual en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. Este nombramiento fue objeto de trece prórrogas, ninguna de las cuales incluía una motivación específica, salvo una genérica mención a "necesidades de servicio". Los nombramientos se produjeron entre 2010 y 2012.

Las cuestiones prejudiciales son planteadas en el seno de recursos de apelación interpuestos ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) contra las sentencias que desestimaron los recursos contencioso-administrativos formulados contra las resoluciones administrativas que acordaron el cese del funcionario interino y del personal estatutario temporal eventual. Este tribunal considera que en ambos casos se han producido nombramientos temporales sucesivos y fraudulentos. Constata, además, que, al contrario de lo que ocurre con el personal laboral temporal contratado fraudulentamente, el ordenamiento jurídico español "no reconoce ni al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos el derecho al mantenimiento de su relación de servicio, mientras que este derecho se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos".

2. La segunda Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-16/15, se refiere a una enfermera nombrada personal estatutario temporal eventual. Su nombramiento tenía como causa justificativa la "realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria". Tras un primer nombramiento en 2009, la enfermera fue nombrada hasta en siete ocasiones como personal estatutario temporal eventual. En total, su condición de estatutario temporal eventual se prolongó desde 2009 hasta 2013. El Juzgado aprecia que, incluso en el caso de que se creara una plaza permanente, "se mantendrá la situación precaria de este personal estatutario, ya que la Administración tiene la posibilidad de cubrir estas plazas mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que existan límites en cuanto a la duración o al número de renovaciones de los nombramientos de duración determinada de dicho personal".

b) Consideraciones jurídicas en relación a los planteamientos jurisdiccionales del TJUE respecto al Acuerdo Marco de la Unión Europea.

En este punto debo remitirme a lo expuesto en el apartado anterior cuando he examinado la figura de las "medidas o razones objetivas", en cuanto a su configuración legal y función. Dicho lo cual, estimo importante examinar cual ha sido la solución adoptada por nuestros tribunales sobre la utilización y sentido de estas medidas, apreciándose que han sido manifiestamente diferentes, así, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ante una recomendación que rompe todos los fundamentos de nuestro sistema administrativo, dicta dos sentencias de fecha 12 de diciembre 2016, para los Asuntos Castrejana López



(rec. 735/2013); y Asunto Martínez Andrés, (rec. 635/2013)¹⁹, en las cuales se limita a declarar la aplicación analógica del derecho laboral y con un idéntico contenido, a pesar de que las situaciones de inicio son diferentes (programa temporal al amparo del artículo 10 TREBEP y en el otro caso encadenamiento de nombramientos temporales), de manera que en ambas declara que se debe reconocer la situación por la cual "la apelante continuara vinculada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria". Ambas resoluciones se encuentran en los momentos de redactar estas conclusiones pendientes de que se resuelva el correspondiente Recurso de casación ante el Tribunal Supremo. De todas formas este antecedente jurisdiccional derivado de la doctrina del TJUE está recibiendo una diferente acogida por otros órganos jurisdiccionales, unos incorporándola a sus sentencias,²⁰ si bien, esos mismos órganos admiten

¹⁹ Esta sentencia se encuentra pendiente de la Resolución del Recurso de interés casacional, admitido a trámite por Auto del tribunal Supremo de fecha 13 de junio de 2017 (rec. 1305/2017), donde una de las cuestiones esenciales objeto del mismo es el reconocimiento de la condición de "indefinido no fijo", por aplicación analógica de la jurisprudencia del orden social.

²⁰ STSJ Galicia 21 de marzo 2017 (rec. 395/2016) – aplicación de la doctrina "Castrejana López" del TJUE a personal estatutario temporal eventual, se decide reponer a la trabajadora "en el puesto que venía desempeñando y mantenerla en él mientras no se proceda a su cobertura en propiedad o se amortice", en el mismo sentido y con idéntico pronunciamiento STSJ de Galicia 1 de febrero 2017 (rec.

matizaciones a la extensión en la aplicación de este nuevo instrumento²¹, y otros, procediendo directamente a la aplicación literal del contenido de la sentencia del TSJ del País vasco, sin incorporar ningún razonamiento nuevo, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sala de lo contencioso) Valladolid, de 22 de diciembre de 2017 (rec. apelación 485/2017), es decir, la ley del mínimo esfuerzo, y ello, a pesar de que la citada sentencia del País Vasco se encuentra como hemos señalado pendiente de recurso de interés casacional.

En cambio, con relación a la segunda de las sentencias (de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal

320/2016) –a funcionaria interina del departamento de cementerios del Concello de A Coruña que ha desarrollado funciones de carácter permanente al amparo de un programa de ejecución temporal, y lógicamente dada la doctrina de ese TSJ, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de A Coruña en sentencia de 30 de diciembre 2016 (rec. 139/2016), declara nulo el cese (con la consiguiente readmisión) de una funcionaria interina de la Dirección Xeral de Relaciones con la Administración de Xustiza que ha sido sucesivamente nombrada como tal desde marzo de 1991; especialmente porque, "la Administración no razona ni menos aún acredita causas objetivas que amparen esas sucesivas renovaciones y la larga duración del vínculo existente".

²¹ Sentencia del TSJ de Galicia de 1 de febrero 2017 (rec. 337/2016), en la cual no aplica la citada doctrina del TJUE "porque en este caso no se aprecian los abusos en la contratación que trata de afrontar dicha sentencia comunitaria", en un caso de cese en diciembre de 2015 de una arquitecta funcionaria interna del Concello de A Coruña nombrada tras el oportuno proceso selectivo en abril 2009".



de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-16/15), a diferencia de las resoluciones de los TSJ de País Vasco y Galicia, en situación muy similar, por no decir que casi idéntica, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sala de lo contencioso), en su sentencia de 7 de octubre 2016 (rec. 82/2016), refiriéndose a esta doctrina comunitaria como "recomendaciones orientativas ofrecidas por el Tribunal de la Unión Europea", niega la petición de un ATS con contrato estatutario eventual de que su relación extinguida sea calificada como interina (con cargo a vacante hasta que fuera ocupada por personal fijo), solución que, a mi juicio, resulta mucho más coherente, razonable y respetuosa con el sistema administrativo.

c) Nuestra crítica a las decisiones judiciales de creación de la figura de los "funcionarios interinos indefinidos".

1. Desde luego, una primera conclusión con relación a la situación generada por las sentencias del TJUE debería servir para una reconsideración de las nefastas políticas del Ministerio de Hacienda y Función Pública en los últimos años, al favorecer mediante la incorporación del instrumento de la "tasa de reposición de efectivos" el incremento de la contratación temporal, a pesar de que las aparentes regulaciones se suponía limitaban esa clase de contrataciones, pero la práctica ha confirmado era un mero trampantojo o hipocresía, y mucho me temo que la solución final puede pasar por procesos selectivos masivos con simple apariencia de legalidad con la única finalidad de consolidar todo este caos generado por incapacidad y uso espurio de la legislación (presentar una virtual imagen de la situación de nuestro empleo público ante la Unión Europea como consecuencia de la intervención de esta sobre nuestra economía), de todas formas

sobre esta cuestión volveré posteriormente. Desde luego la sentencia del TJUE, a mi juicio, no exigía ni mucho menos una resolución tan radical y por otro lado simplista, como la adoptada por el TSJ País Vasco, pues el TJUE reconocía que nuestra legislación de momento no ofrece soluciones legales al problema planteado y en todo caso se limita a ofrecer meras orientaciones o propuestas, recuerdo que utiliza el término "podría", y por otro lado, también podríamos estar en presencia de otro error más como el anteriormente reconocido por su Presidente.

2. Dicho lo anterior, lo primero que llama la atención de estas sentencias es la aplicación del principio jurídico de la "analogía" sin razonamiento y fundamento jurídico alguno, pues estamos ante una figura de construcción jurisprudencial para un determinado sistema u ordenamiento jurídico, cuyos fundamentos y principios difieren de forma radical; es cierto, que esta posibilidad de incorporar creaciones jurisprudenciales entre ordenamientos no es nueva, pero es muy importante destacar que cuando se ha producido la misma se han respetado los ámbitos materiales reservados a cada ordenamiento jurídico de manera que la integración de los diferentes instrumentos no quebraban los principios del sistema, y a título de ejemplo, me voy a referir a una figura actualmente consolidada, en concreto, el enriquecimiento injusto en el ámbito de la contratación pública, pues bien, la incorporación de esta figura nace como consecuencia de la inexistencia de contrato o también ante un contrato previo pero ilegal entre la administración y el contratista, pero el hecho es que se han realizado una serie de trabajos, y así, es doctrina consolidada y pacífica de nuestros tribunales y



doctrina.²² Como puede apreciarse en este caso existe una elaborada construcción dogmática que respeta y combina los principios de las instituciones administrativas y acude de forma complementaria a una institución de creación por la jurisprudencia civil para cumplimentar y resolver el problema, y esto precisamente lo que está ausente en el presente caso, no existe explicación ni razonamiento alguno, sino que de forma simplista y cómoda desaparece el problema judicial incorporando de forma literal la "recomendación" del TJUE, sin evaluar las graves consecuencias tanto sistemáticas para el sistema administrativo como para el futuro de las administraciones públicas y su empleo público.

3. Lo siguiente es preguntarnos que supone de forma inmediata el pronunciamiento judicial de reconocimiento de los funcionarios interinos indefinidos, así, nos enfrentamos a un proceso de modificación por

²² MARTIN REBOLLO, L. (1991), Dictamen sobre el grado de compromiso y responsabilidad de la Diputación Regional de Cantabria como consecuencia de diversos contratos celebrados por ella (1988-1990), págs. 100 y ss. Por otro lado, esta clase de situaciones supone que en estos casos procede la previa declaración de nulidad de las actuaciones de la administración, aunque estemos en presencia de actos administrativos tácitos, de manera que no puede reconocerse validez ni legalidad alguna a la actuación ilegal o propuesta verbal de carácter contractual realizada por la administración pues no se ha respetado el procedimiento legamente establecido (revisión de oficio) o en caso de existir alguno y este fuera ilegal (declaración de lesividad) y posteriormente, resultaría de aplicación el principio del enriquecimiento injusto, ya que es preciso restablecer un equilibrio entre la prestación de la que se ha beneficiado la administración y el coste económico que esta ha supuesto para el contratista, pero excluyendo cualquier beneficio industrial

vía jurisdiccional tanto del régimen jurídico administrativo (relaciones de sujeción especial) alterando su constitución, desarrollo y extinción que hasta estos momentos se encontraba sometida en exclusiva al régimen jurídico que la administración unilateralmente establecía como elemento característico de las relaciones funcionariales, y asimismo, supone la modificación por vía judicial de las previsiones del artículo 10 del TREBEP. También altera el sistema de determinación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en el ámbito de las relaciones jurídicas sometidas al Derecho Administrativo, y por ende, supone un proceso de invasión de los criterios de la jurisdicción social sobre los fundamentos básicos de las categorías y fundamentos del ordenamiento administrativo, pues la introducción de un régimen de indemnizaciones por cese de la relación jurídico funcional resulta no solo extraño sino asistemático, dado que estamos en presencia de relaciones jurídicas de sujeción especial, es decir, estatutarias y no contractuales. Ello, conlleva que cualquier incidencia en el desarrollo de esa relación debe ser reconducida a los instrumentos específicos del ordenamiento jurídico administrativo, y así, si se considera por decisión judicial que ha existido un funcionamiento "anormal" de la administración y conforme determina la sentencia judicial no existe obligación legal de soportar las consecuencias o "daños", el único sistema que regula las consecuencias jurídicas de esta clase de actuaciones es el de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración²³, y

²³ Con relación al sistema de responsabilidad patrimonial resulta recomendable la consulta de MARTÍN REBOLLO, L. (1977), *La Responsabilidad Patrimonial en la Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, y también del mismo autor (2005), *La*



por lo tanto, incorporar fórmulas ajenas al orden administrativo supone un grave ataque a esta técnica de carácter administrativo, que a nuestro juicio, es la adecuada y única posible de aplicación a estas situaciones.

Pero además se abre otra puerta muy peligrosa de quiebra del sistema administrativo de nulidades, me refiero al supuesto en que nos encontremos ante un nombramiento de funcionario interino que se haya realizado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido o bien, haya accedido sin pruebas selectivas de ninguna clase, en este caso, qué ocurriría, simplemente la declaración de nulidad del acto de nombramiento y por ello el cese inmediato del funcionario (efectos *ex nunc* en el primer caso o *ex tunc* en el otro), o se debería también aplicar analógicamente la figura del personal laboral indefinido no fijo en fraude contractual, y por lo tanto proceder a su reconocimiento como funcionario interino indefinido, y así, a pesar de existir una nulidad radical seguir manteniendo en servicio a este personal, con lo cual dónde quedaría el sistema administrativo básico y común de las nulidades y sus efectos en el ámbito del Derecho Administrativo, desde luego reitero que estas sentencias carecen de reflexión y trabajo en su elaboración y sobre todo de una profunda valoración de las consecuencias que pueden generar.

4. A la vista de lo expuesto, es lógico preguntarnos qué soluciones tenía el tribunal ante las citadas sentencias del TJUE, y a este respecto, a mi juicio las alternativas eran varias y ninguna de ellas

Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales, Iustel, Madrid.

quebraría el sistema administrativo ni generaría el grave problema al que se enfrenta a partir de ahora nuestro empleo público, así:

En primer lugar, ese órgano judicial podría haber optado por considerar que las conclusiones de las sentencias del TJUE tenían un alcance meramente "orientativo", dado que como ya he señalado el tribunal utiliza el término "podría", en ningún caso "deberá" para reclamar el uso analógico de la figura del personal laboral indefinido no fijo, y así lo ha entendido el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sala de lo contencioso), en su sentencia de 7 de octubre 2016 (rec. 82/2016), y por ello, de forma razonable y coherente desestima esta posibilidad.

En segundo lugar, si el tribunal considerara que el ejercicio de su función jurisdiccional le obligaba a buscar una solución jurídica adecuada a las pretensiones formuladas, en ejercicio del principio de la tutela judicial efectiva, debería haber procedido a un estudio detallado y exhaustivo de la cuestión que resultará compatible con el ordenamiento administrativo, y a este respecto, podemos ofrecer algunas posibilidades, así, de inicio debo reiterar lo ya manifestado en un apartado anterior con relación al personal laboral indefinido no fijo y la vis expansiva de la jurisdicción social al respecto, por lo tanto, en este caso, ese problema no existía pues estábamos en presencia de un ámbito competencial reservado a la jurisdicción contencioso administrativa de forma indiscutible, y por ello, salvado el primer escollo, lo segundo hubiera sido aplicar los mismos criterios que ya he expuesto anteriormente y que evito reiterar, es decir, el examen de la nulidad de las actuaciones o situaciones administrativas que han dado origen al problema, y como consecuencia de ello ratificar la



extinción, pues la directa consecuencia en el orden administrativo es la desaparición de la relación jurídica constituida ilegalmente, ¿eso supone ir contra la sentencia del TJUE?, la respuesta es no, pues esta simplemente "recomienda" la adopción de medidas, pero en ningún caso, puede imponer la quiebra del ordenamiento jurídico administrativo interno.

Ahora bien, dicho lo anterior el tribunal también habría podido completar su sentencia y con ello, dar satisfacción a las recomendaciones europeas, en concreto me refiero a determinar si existen en nuestro ordenamiento medidas que permitan legalmente "sancionar la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada", así, parece olvidar el tribunal el sentido y finalidad de la institución de la responsabilidad patrimonial de la administración, la cual ofrecería dos soluciones complementarias a la cuestión, la primera, la posibilidad de reconocer una indemnización al funcionario interino por funcionamiento anormal de la administración, tomando como referencia para su cálculo, y aquí sí entra en juego la analogía, al personal laboral temporal, pero en cambio el tribunal decide sin ninguna encomienda ni justificación imponer directamente una indemnización del mismo tenor que para el personal laboral, cuando resulta que tiene en sus manos los instrumentos jurídicos adecuados sin quebrar con ello el sistema (sic). La segunda cuestión es la de la sanción o exigencia de responsabilidades, y a este respecto debo recordar que precisamente la institución de la responsabilidad patrimonial prevé expresamente la acción de regreso, y ello, con independencia de la posibilidad de exigencia de responsabilidades disciplinarias, u otra alternativa de la que puede hacer uso el tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional, me refiero a librar testimonio de

las actuaciones judiciales si considera que pueden existir responsabilidades penales por prevaricación, por lo tanto, no es cierto que nuestro ordenamiento no ofrece soluciones jurídicas ante actuaciones ilegales como las descritas en la sentencias del TJUE, otra cuestión son las ganas de profundizar en los temas a debate y la búsqueda de soluciones, que si bien, es cierto que pueden resultar conflictivas o desagradables, pero para eso se asume una función jurisdiccional.

Como he indicado anteriormente, existían medidas objetivas, de forma indirecta, que hubieran podido soportar el test del TJUE sobre su carácter efectivo para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de la contratación temporal, ahora bien, en estos momentos el Estado Central continúa con la improvisación permanente, ya que, si bien, la situación se ha clarificado de forma rotunda mediante la modificación incluida en la Ley 3/2017 LGPE que hemos examinado anteriormente con relación al personal laboral temporal, y que a nuestro juicio, debe cerrar de forma definitiva al menos en el ámbito de la Jurisdicción Social, debe ser objeto de crítica la ausencia de una regulación equivalente a la establecida para el personal laboral con relación a los funcionarios interinos, que evite la posibilidad de nuevos pronunciamientos judiciales de reconocimiento de la figura del "funcionario interino indefinido", espero que los anteriores pronunciamientos se queden en una mera anécdota, y que conforme los argumentos expresados anteriormente se restaure la legalidad y el sentido de la prudencia, ante los graves riesgos que para el empleo público suponen estas "novedosas" líneas jurisprudenciales. De todas maneras, es imprescindible que por parte del Estado Central de forma urgente regule un nuevo marco jurídico donde formalice en un único artículo las medidas objetivas, ya



existentes, pero que nuestros tribunales no han considerado en sus sentencias, como conclusión se cierra un problema, pero se deja abierto otro, la ineficacia del legislador estatal no deja de sorprender.

4. Consideraciones finales y algunas propuestas.

4.1. Consideraciones finales.

En directa conexión a mis reiteradas críticas con relación al reconocimiento de la figura del "indefinido no fijo", que se constituye, a mi juicio, en un grave problema, pues se ha convertido en una práctica diaria y en "puerta trasera" para la incorporación al empleo público, sin respeto alguno ni a los principios constitucionales (artículo 103.3 CE) ni a los establecidos en el artículo 55 del TREBEP, de aquellas personas cuya carta de presentación suele ser el clientelismo político o sindical. Resulta interesante reflexionar sobre la posibilidad de exigir responsabilidades a los gestores que organizaron y permitieron o toleraron estas actuaciones "irregulares e ilegales", así, debemos recordar que la Comisión de expertos para la elaboración del EBEP, en su informe consideraba que era esencial para atajar este problema que se exigiera responsabilidades a las autoridades o funcionarios que contrataban o prolongaban de manera irregular/ilegal la relación laboral del empleado temporal; como era de esperar, y ha ocurrido con otras tantas recomendaciones de la Comisión, posteriormente el legislador hizo caso omiso a las mismas, lo que demuestra cómo ha penetrado este tipo de prácticas en el tuétano de nuestra autoridades políticas o nuevos gestores y el profundo rechazo que genera el

establecimiento de cualquier clase de control o de exigencia de responsabilidades.

Y por si no fuera suficiente lo ya señalado, debemos añadir que esta clase de relación da lugar a que *de facto* y *de iure* los indefinidos no fijos de plantilla terminan la mayoría de ellos vinculados de manera permanente y estable a la Administración Pública *sine die*, pues no hay en el ordenamiento jurídico vigente mecanismos coercitivos que obliguen a las administraciones públicas a aprobar la correspondiente convocatoria pública de los puestos de trabajo ocupados por los indefinidos no fijos de plantilla o, en su caso, amortizarlas, así, la permanencia *sine die* no es en modo alguno excepcional, sino que puedo confirmar por mi experiencia profesional que se ha convertido en la práctica habitual, especialmente en la administración local. En línea con lo expuesto, resulta también criticable que las Leyes anuales de presupuestos no hayan obligado a incluir en la correspondiente oferta anual de empleo público los puestos de trabajo calificados judicialmente como indefinidos no fijos en el ejercicio anterior, salvo amortización claro está²⁴; y tampoco se comprende cuándo desde hace años esas mismas leyes obligaban a incorporar a la oferta de empleo público todos los

²⁴ A este respecto solo la Ley 3/2017 LGPE, ha previsto un régimen de carácter excepcional, en su artículo 19 Uno. 6, por el cual se establece una tasa adicional para estabilización de empleo temporal, que incluirá hasta el 90% de plazas que se encuentren dotadas presupuestariamente y que hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpida al menos en los 3 años anteriores a 31 de diciembre de 2016, pero solo para ciertos sectores, de manera que no se puede considerar esta medida como adecuada y suficiente para solventar el grave problema creado por la nefasta figura de la tasa de reposición de efectivos.



puestos y plazas desempeñados por personal funcionario interino o laboral temporal, nombrado o contratado en el ejercicio presupuestario anterior, excepto aquellos sobre los que exista una reserva de puesto de trabajo o estén incurso en procesos de provisión, y desde luego, no sirve ahora como excusa que en los últimos años se haya producido la aparición de la nefasta figura de la "*tasa de reposición de efectivos*", es decir, un plan de empleo encubierto políticamente, pues la bolsa de esta clase de personal tiene su origen mucho antes; lo que nos lleva a reafirmarnos en nuestra anterior crítica del poco interés del legislador por poner límites legales a estas prácticas de clientelismo político y sindical.

Asimismo, también debemos rechazar los intentos de establecimiento de procedimientos selectivos *ad hoc*, diseñados "a la carta" para que esta clase de personal que ha accedido de forma ilegal a la administración consolide su situación, violando con ello el derecho del resto de los ciudadanos al acceso al empleo público pues limita de forma ilegal sus posibilidades, a lo que debemos añadir los intentos de consolidación por medio de acuerdos o convenios que pretenden la conversión automática de los temporalmente indefinidos en fijos de plantilla, lo que ha sido rechazado por los Tribunales (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sala de lo Social -Sevilla-) 12 de enero de 2004, recurso de suplicación núm. 3784/2003, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sala de lo Social - Santa Cruz de Tenerife-), de 10 de marzo de 2006, recurso de suplicación núm. 829/2005.

A lo anterior, debemos añadir la peligrosa vía que se ha abierto el año 2017 con relación a la posibilidad de convocar procesos de consolidación de

empleo público, así, nos encontramos que los malos vicios desarrollados durante muchos años en otros procesos similares no han sido objeto de revisión para su eliminación, como constitucional y éticamente sería exigible, sino que a la vista de los acuerdos para la mejora del empleo público de fecha 29 de marzo de 2017 y 9 de marzo de 2018, suscritos entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y las organizaciones sindicales UGT, CC.OO. y CSI-F, los cuáles puede ser calificado de un nuevo acuerdo clientelar (político y sindical) se vuelve a las malas prácticas en los procesos selectivos al establecer como procedimiento de acceso el concurso oposición en el cual *"podrá ser objeto de valoración entre otros méritos, en su caso, el tiempo de servicios prestados a la administración"*, previsiones estas que han tenido un reconocimiento normativo por medio de la Ley 3/2017 de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, en su artículo 19 Uno 6, regulación que a mi juicio puede ser el descabello y ocaso del empleo público profesional y objetivo, además de suponer un atentado al derecho constitucional de todos los ciudadanos al acceso al empleo público en condiciones de igualdad (artículos 14 y 23.2 C.E.).

Finalmente, no podía faltar una referencia a la necesidad de revisión de la doctrina judicial sobre esta lacra para un empleo público profesional que es la figura de los "indefinidos no fijos", a este respecto, debemos distinguir dos claras situaciones, en primer lugar, con relación al personal laboral temporal, tal como hemos expuesto a la vista de las recientes modificaciones legislativas, en estos momentos carece de fundamento alguno seguir utilizando esta figura en este ámbito, pues se cumplen en todos sus términos las exigencias del TJUE en cuanto a la existencia de "medidas o razones objetivas", como hemos expuesto y



comprobado anteriormente, y en segundo lugar, en cuanto a los funcionarios interinos, si bien, es cierto que la modificación normativa se ha quedado a mitad de camino, como ya he indicado, estimamos que los argumentos expuestos anteriormente sobre las posibilidades directas del ordenamiento jurídico administrativo para exigir responsabilidades al respecto, cumple sin duda alguna la condición de "medidas o razones objetivas" que exige el TJUE, y por ello, deja sin soporte la pretensión de acudir a la analogía de la doctrina de la jurisdicción social, que por cierto, reiteramos se realiza sin explicación o fundamento alguno, como sería exigible.

4.2. Propuestas de *lege ferenda*.

Ante el grave panorama que se ha abierto recientemente como consecuencia de las sentencias del TJUE, y la exigencia de que se aprueben actuaciones sobre la temporalidad en el empleo público, estimo que es necesario adoptar medidas claras y contundentes al respecto, especialmente en el ámbito de la exigencia de las responsabilidades de autoridades y funcionarios, y asimismo, incorporar otras que obliguen a regularizar de forma inmediata cualquier situación ilegal o irregular en la contratación, con pleno respeto a los principios constitucionales y de acceso al empleo público, y no me refiero a procesos de consolidación, sino a puras y duras convocatorias de oposición libre.

1. La primera medida que debería adoptarse debería comenzar por la reforma del TREBEP, suprimiendo en sus artículos 8 y 11 cualquier referencia a los contratados laborales "indefinidos". Asimismo, incorporar por medio de una disposición transitoria el régimen jurídico aplicable (derechos, obligaciones,

extinción y régimen de indemnizaciones) aplicable a esta clase de personal, que quedaría como una figura a extinguir.

2. También resultaría necesario modificar el TREBEP incorporando dos previsiones, en primer lugar, la prohibición expresa de transformación de oficio o a instancia del trabajador de cualquier relación jurídica nacida de forma ilegal o en fraude de ley, estableciendo expresamente que esa clase de actuación deberá ser considerada nula de pleno derecho, con los efectos previstos en la LPAC. Lo que debería complementarse a su vez con una regulación sobre la exigencia de responsabilidades administrativas, disciplinarias y penales para las autoridades y funcionarios que incumplan estas previsiones, aunque no podemos olvidar que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial la vía de regreso es prácticamente desconocida en su uso por dejación de los órganos políticos.

Esta propuesta formulada hace tiempo por mi parte en otros foros ha recibido recientemente confirmación legislativa en la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, en concreto en su Disposición adicional trigésima cuarta que regula la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral²⁵, medida que recibimos con

²⁵ Disposición adicional trigésima cuarta. Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.

Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse



siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.

Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.

Cuatro. Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

Cinco. La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1. 18.ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de

satisfacción, si bien, entendemos que resulta importante desde un criterio de técnica legislativa, que esta previsión se debería incorporar al articulado del TREBEP. Otra cuestión que puede generar algún problema en la aplicación de esta previsión es la ausencia de una regulación expresa de un procedimiento básico de exigencia de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, o económica por alcance ante el Tribunal de Cuentas, y ello, con independencia de las posibles responsabilidades penales, exigibles mediante la correspondiente denuncia ante la Fiscalía. A esta ausencia debemos añadir que lógicamente cuando la responsabilidad sea exigible a un órgano político nada se dice sobre que procedimiento debe utilizarse ni tampoco quienes podrían instar la exigencia de las responsabilidades, es cierto, que existe una remisión general a la legislación de cada administración, pero esto nos lleva, a dejar en manos de quienes pueden ser enjuiciados la toma de la decisión, es decir, juez y parte, sinceramente estimo que este artículo presenta muchos vacíos que hace cuestionarse la verdadera efectividad del mismo, de manera que parece más bien, un intento de cobertura formal ante las sentencias del TJUE (cuestión que examinaremos con mayor detalle en otro apartado posterior) que una auténtica voluntad de luchar contra el abuso de la contratación temporal.

3. De forma complementaria debería añadirse al TREBEP la obligación legal de incorporar estas plazas en la siguiente oferta de empleo público, y si son las únicas, exigir una oferta específica para ellas, sin posibilidad alguna de que se alegue o utilice la

las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.



excepción de la nefasta figura de la tasa de reposición de efectivos. Asimismo, en la convocatoria del correspondiente proceso selectivo debería autorizarse solo el sistema de oposición libre, no resultando posible la utilización de ningún otro sistema (concurso o concurso-oposición), y por supuesto, prohibir la valoración de cualquier mérito proveniente de esta situación ilegal. Esta previsión debería aplicarse de forma obligatoria y con advertencia de las correspondientes responsabilidades a todas las administraciones que cuenten con personal indefinido no fijo, tanto por reconocimiento de oficio como por declaración judicial.

5. Bibliografía.

ALFONSO MELLADO, C., (2007), "Contratación Temporal en la unificación de doctrina", *Revista de Derecho Social*, nº 18.

ALZAGA RUIZ, I., (2007) "Contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas: especial consideración del contrato de interinidad", *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 7.

BOLTAINA BOSCH, X., (2011), "La Diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: Especial referencia al personal laboral", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº Extra 13.

BORRAJO DACRUZ, E., (1998) "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial", *Actualidad Laboral*, núm. 2.

CARRATALÁ TERUEL, J. L. y LABADO SANTIAGO, J. M., (1993), «Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública», *Tribuna Social*, núm. 13.

CASTILLO BLANCO, F. (2016), "Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados", de la *Revista EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 58-59.

- (2017), "*La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*", Colección Estudios de Relaciones Laborales, Diputación Provincial de Barcelona- CEMICAL, Barcelona.

CUENCA CERVERA, J., (2015), *El empleo público local en la España democrática. Una perspectiva institucional*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid.

DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., (2000), "La contratación temporal en la Unificación de Doctrina", *Justicia laboral* nº 1.

FOLGUERA CRESPO, J., (1992) "Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales", *Actualidad laboral*, núm. 18.

FONDEVILA ANTOLIN, J. (2000), "*Constitución y Empleo Público*", Comares, Granada.

- (2012), "*Manual para la Selección de Empleados Públicos*", LA LEY – El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid.

GARRIDO PALACIOS, J., (1998), "Dos nuevas Sentencias del Tribunal Supremo sobre la interinidad indefinida del personal laboral de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social*, núm. 2.



LAHERA FORTEZA, J. (2007), «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE de 7 de septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y Asunto Ci 80/04)», *Relaciones Laborales*, 2007.

MARTÍN REBOLLO, L. (1977), *La Responsabilidad Patrimonial en la Jurisprudencia*, Civitas, Madrid.

- (2005), *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, Iustel, Madrid.

MOLINER TAMBORERO, G., (2000), "La contratación de personal laboral en las Administraciones Públicas: Puntos críticos", en Dir. Moliner Tamborero, «*La Administración Pública como empresario: aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las administraciones Públicas*», Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

MORÓN PRIETO, R., (2001), "La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla: supuestos, procedimientos y efectos", *Revista de Derecho Social*, núm. 14.

RIVERO LAMAS, J., (2004) "Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 124.

ROBLES EGEA. A., ALVAREZ JUNCO, J. y MAURICE, J., (1996), *Política en penumbra. Patronazgo y clientelismo políticos en la España contemporánea*, Siglo XXI de España Editores, Madrid.

SALA FRANCO, T. y ALTÉS TÁRREGA, J.A., (2008), "La contratación de personal laboral en la Administración



Local. *Revista de Estudios locales (CUNAL)*, nº 112 (Extraordinario).

SALA FRANCO, T., (2009) "*Las modalidades de la contratación laboral*", Tirant lo Blanch, Valencia.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., (2003), "*La contratación laboral en las Administraciones Públicas*", Aranzadi, Pamplona.