

*HACIA UNA NUEVA FUNCIÓN
PÚBLICA:*

*“EQUIPARACIÓN DE DERECHOS
ENTRE LOS EMPLEADOS FIJOS Y
TEMPORALES. MEDIDAS PARA
REDUCIR LA TEMPORALIDAD EN
LA ADMINISTRACIÓN”.*

DISCURSO INVESTIDURA:

Académica de Número:

Excma. Sra. D^a. Lourdes Morate Martín

ÍNDICE

PRÓLOGO: Agradecimientos.

1.-INTRODUCCIÓN: ORÍGENES DEL PROBLEMA.

1.1.**Confusión existente:** dualidad de regímenes, dualidad de respuestas.

1.2.**Causas del incremento del personal laboral** de la Administración durante los últimos años.

- a) Incremento del personal laboral “indefinido no fijo” motivado por abusos en la contratación por parte de las Administraciones Públicas.
- b) Incremento del personal indefinido no fijo por concurrencia de los supuestos del art. 43 y 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores 1/1995.
- c) Los trabajadores indefinidos no fijos están sujetos a la obligada convocatoria y provisión de sus plazas.

1.3. **Conjunción de problemas**, creciente **laboralización** de la Administración, unida a la **temporalidad** de la misma; DOCTRINA EUROPEA encaminada a la unificación de regímenes jurídicos.

1.3.1. TRATAMIENTO DE LA TEMPORALIDAD EN LOS TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA. Inicial confusión de regímenes jurídicos y la evolución hacia un único empleado público.

1.3.2. TRATAMIENTO DE LA TEMPORALIDAD EN LOS TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA. Inicial confusión de regímenes jurídicos y la evolución hacia un único empleado público.

1.3.3. ADAPTACIÓN DE LA NUEVA DOCTRINA EUROPEA POR LOS TRIBUNALES NACIONALES.

- A) Primera Sentencia que adapta la nueva doctrina del TJUE en el asunto “Montero Mateos”: **Sentencia de 11 de Junio de 2018 del TSJ de Castilla y León.**
- B) Segunda Sentencia que adapta la doctrina del TJUE en el asunto “Montero Mateos”: **Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid de 28 de junio de 2018**
- C) Otras Sentencias que reflejan la nueva doctrina del TJUE, de relevante impacto, son las dictadas por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 26 de septiembre de 2018.
- D) **Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo** relativa a la equiparación de derechos:
 - D.1.) Reconocimiento del derecho a la permuta de los trabajadores interinos de la Administración.
 - D.2.) Reconocimiento del derecho a la carrera administrativa de los trabajadores interinos y temporales de la Administración.
 - D.3.) Derecho a la consolidación del grado de los funcionarios interinos.

2.- MEDIDAS DISUASORIAS ENCAMINADAS A REDUCIR LA TEMPORALIDAD: Responsabilidad de quien fomente la irregularidad en la contratación laboral de las Administraciones Públicas.

3.- EL CAMINO HACIA LA NUEVA FUNCIÓN PÚBLICA.

4.- CONCLUSIÓN.

HACIA UNA NUEVA FUNCIÓN PÚBLICA: EQUIPARACIÓN DE DERECHOS ENTRE LOS EMPLEADOS FIJOS Y LOS TEMPORALES. MEDIDAS PARA REDUCIR LA TEMPORALIDAD EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Excmo. Señor Presidente, Señoras y Señores Académicos

Tengo que agradecer enormemente el honor que supone para mí pronunciar este discurso de investidura al ser recibida como Académica de Número en esta ilustre Corporación.

Mi discurso sin embargo, sería incompleto sino comenzara mostrando el gran agradecimiento que siento hacia las personas que presentaron mi candidatura, y de las cuales me siento especialmente deudora, primeramente al Señor Académico de Número **D. Javier Junceda Moreno**, que tuvo la iniciativa de presentar mi solicitud de ingreso, primero como Académica Correspondiente y ahora como Académica de Número y que además va a tener la deferencia de contestar a mi discurso, así como también a **D. Leopoldo Tolivar Alas, a D. Rafael Fonseca González y a D^a Manuela Fernández Junquera**, miembros de la Junta de Gobierno de esta Real Academia que tuvieron la deferencia de apoyarla y suscribirla, resultando que, **si precisamente es un honor ser presentada para ingresar en esta Ilustre Institución, aún lo es más, si va de la mano de tan excelentes juristas.**

También, por supuesto, debo manifestar **mi agradecimiento a D. Leopoldo Tolivar Alas, Presidente de esta Academia**, por el cálido recibimiento y el apoyo que siempre me ha manifestado, y por descontado al resto de Académicos de esta Institución.

No me pueden faltar tampoco unas palabras de reconocimiento hacia **D. Manuel Álvarez Valdés**, Abogado del Estado y Académico de Número de esta Academia, fallecido hace más de un año y medio, a quien dedico este discurso y el mérito que ello implica.

D. Manuel, Manolo para los amigos, lo era de mi familia desde hace muchísimos años, tantos, que cómo él mismo decía, había asistido a mi bautizo. Manolo, desde un primer momento, había mostrado su apoyo e interés por mis avatares opositivos y su satisfacción por los humildes logros que yo había obtenido, algo que me sorprendía y me llenaba de orgullo, siendo él como era un increíble Jurista, Abogado del Estado, y brillante Abogado en el libre ejercicio de la profesión, entre cuyos méritos se encuentra el haber merecido la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort. Historiador por vocación, profundizó en los últimos años sus estudios con enorme éxito en la figura de Jovellanos. Fue autor de numerosos libros y artículos y uno de los Fundadores de esta Academia, digno merecedor de una de las primeras medallas de esta Corporación, **cuya imagen no aspiro, ni siquiera a imitar, ni a que su sombra me alcance.**

Soy conocedora de que probablemente mi experiencia profesional no es en absoluto asimilable a sus logros y méritos, pero ciertamente no puedo dejar de agradecer, por el vínculo emocional que para mí supone, el que la medalla que se me otorga hoy como Académica de Número, sea precisamente la de D. Manuel Álvarez Valdés. No es vanidad por mi parte, si afirmo y creo que a él le hubiese gustado, pues ya desde un primer momento había mostrado una gran alegría por mi incorporación a esta Academia hace cuatro años en mi condición de correspondiente, acudiendo a recibirme y dedicándome yo en ese momento, mi disertación. Así que, aunque él no haya podido estar hoy aquí presente para recibirme, como seguramente le hubiese gustado, agradezco inmensamente a su mujer Marisa, que haya tenido la deferencia de acompañarme en su nombre.

Muchas gracias a todos los compañeros y amigos que estáis hoy presentes, a mis compañeros del Ayuntamiento de Siero, que todavía agradezco mucho no os habéis olvidado de mí, y a mis compañeros del Ayuntamiento de Oviedo, que estáis hoy aquí presentes, en especial a mi Jefe en el Servicio, D. Justo de Diego Arias, Académico de Número de esta Corporación, a D. Jesús Fernández de la Puente, Secretario del Ayuntamiento, y al resto de mis compañeros de Abogacía Consistorial del Ayuntamiento de Oviedo, Rosa, Juan y Ana, excelentes compañeros juristas y profesionales y quienes, indudablemente son mucho más merecedores de éste honor que yo.

Gracias a todos mis amigos que estáis hoy aquí, compañeros del Colegio de Abogados, del Centro de Estudios, y a todos los que me habéis demostrado desde siempre, y a pesar de todos los avatares, un cariño y un apoyo incondicional.

Por último y sin ánimo de extenderme demasiado, debo expresar mi agradecimiento a mi familia aquí presente, a mi marido Javier y a mis hijos, por su paciencia con mis compromisos profesionales, mis ausencias, y como no, mis disculpas por la dedicación y el tiempo que estos menesteres han robado a mi familia, muchas gracias, de verdad a todos vosotros por vuestra comprensión.

Y por supuesto, no puedo acabar sin dedicar mi agradecimiento también a mi padre y a mi madre, a quienes tengo la suerte de tener hoy aquí, y poder dedicar unas palabras para agradecerles públicamente todos los esfuerzos que han puesto en mi educación, en los buenos momentos y en los malos, se que siempre habéis estado aquí para mí, y si hoy agradezco algo, es que la vida me haya dado tiempo para poder presentar este discurso con ambos aquí presentes, acompañándome en una ocasión tan importante. Muchas gracias... sin vuestro apoyo, no hubiese sido posible haber estado aquí hoy.

1.- INTRODUCCIÓN: ORÍGENES DEL PROBLEMA.

Es evidente que desde hace un tiempo estamos asistiendo a una revolución en la concepción de la función pública, tal y como tradicionalmente venimos entendiendo. Durante los últimos años la regulación dispersa y confusa, el diferente tratamiento ante la distinta situación jurídica en que se encuentran funcionarios y laborales, ha eclosionado, dando lugar a la gestación de un nuevo concepto de empleado público.

¿Cómo será este empleado público? ¿Mantendrá el vínculo funcionarial? ¿O por el contrario tendrá vinculación laboral? ¿Resultará finalmente una mezcla de ambos regímenes? Lo que sí resulta evidente es que la corriente doctrinal y jurisprudencial allende nuestras fronteras, impulsada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nos está encauzando hacia un único empleado público que ya no va a ser, ni íntegramente funcionario ni completamente laboral, para evitar precisamente las disquisiciones, dualidad de situaciones y regímenes jurídicos así como la confrontación entre los mismos, que deriva de dicha situación.

Esta equiparación de derechos se manifiesta también entre los trabajadores con vínculo permanente y los trabajadores con vínculo temporal de la Administración al amparo de los dictados del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada y la Directiva 1999/70 CE (LCEur. 1999, 1692).

1.1.1 Confusión existente: dualidad de regímenes, dualidad de respuestas.

El artículo 8 del Estatuto Básico del Empleado Público TR, Ley 7/2007 de 12 de abril, define los distintos tipos de empleados públicos partiendo, en primer lugar, de los funcionarios de carrera de las Administraciones. Ese primer puesto en la enumeración no es casual, pues la función pública española tradicionalmente se ha dotado de un modelo preferentemente funcionarial, optando la Constitución Española por este régimen estatutario en el artículo 103.3 de la misma. No podemos olvidar que son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria, esto es, no contractual, regulada por el Derecho administrativo, no por el Derecho laboral, para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

Como bien definen los profesores **Juan López Gandía - Daniel Toscani Giménez** en su obra **“Funcionarios y Personal Laboral Interino”**:

“Si existe una nota caracterizadora por antonomasia del régimen jurídico de los funcionarios, conquistada además como garantía frente al sometimiento de los vaivenes de las luchas políticas hasta el régimen actual, es precisamente la estabilidad absoluta propia y real en el puesto de trabajo o en el empleo (...). Esta estabilidad absoluta en el empleo tiene por finalidad salvaguardar la independencia de los servidores públicos y garantizar la objetividad en el desempeño de la función pública y deriva de un esquema estatutario, no contractual.”

Esta figura sigue la tradición importada desde el siglo XIX de los países de tradición continental, así lo expone el Catedrático de derecho administrativo, D. Ramón Parada Vázquez en su obra **“Derecho del Empleo Público”**¹, aunque la misma ha evolucionado durante este último siglo, con las peculiaridades propias de cada estado.

“(...)A lo largo del siglo XIX (se gestó) un modelo de función pública que llevó a un funcionariado inamovible. Son varias las causas que favorecieron esa evolución.

En primer lugar, en Francia, como en los demás países afrancesados (España, Italia y Bélgica), se impuso el principio constitucional de mérito y capacidad para acceder a los cargos públicos que hacía jurídicamente inviable, o dificultaba notablemente, el sistema de botín de nombramientos y ceses discrecionales (...).”

No obstante, en el derecho comparado de estos países de tradición continental, y así se aprecia en la vecina Francia, el sistema de función pública es mucho más rígido que el nuestro, y no aparece, ni se admite, la figura de la contratación laboral en este ámbito, antes bien, toda contratación realizada por el sector público, incluso de naturaleza temporal, está sujeta al derecho administrativo, correspondiendo ventilar las controversias que se generen respecto a este colectivo estrictamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, a diferencia de lo que ha venido admitiendo el legislador español y que tantas controversias ha suscitado.

Las peculiaridades de la función pública francesa son expuestas con acierto en la mencionada obra del profesor Parada Vázquez, de la siguiente manera:

¹ Ramón Parada Vázquez, Derecho del Empleo Público, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 2007.

“ (...) (Las carencias de funcionarios en el sistema de carrera francés) se han compensado mediante la contratación de personal externo. Ahora bien, esa contratación temporal lo es, no con arreglo al Derecho del trabajo, sino al Derecho administrativo, aplicándose a dichos contratos reglas muy parecidas a las del régimen de función pública, pero sin derecho alguno a la permanencia indefinida y sometiendo los litigios a la jurisdicción administrativa (...).”

Siguiendo esta tradición continental, con nuestras peculiaridades, existe en España también un régimen jurídico especial de la función pública distinto del de los restantes trabajadores, que encuentra su justificación, como bien dejó sentado en su obra *“La función pública y su evolución histórica”* el profesor **D. Miguel Sánchez Morón** que lo justifica de la siguiente manera: “(...) Ese régimen peculiar existe porque la Administración, en la que el funcionario sirve, no es una empresa privada, ni puede equipararse a un empresa privada. Eso no quiere decir que la Administración no pueda importar técnicas de organización y funcionamiento experimentadas en la empresa privada (...). Antes al contrario, la Administración debe aprender mucho de la organización de las grandes empresas, incluida la política de recursos humanos. Lo que quiere decirse es que en la Administración pública como institución concurren determinados elementos en virtud de los cuales, quienes la dirigen y animan **no pueden actuar con la libertad y autonomía de la voluntad que es propia del empresario privado. Y son esos elementos, los que imponen que las relaciones de la Administración con su personal, se funden, al menos en algunos aspectos, en principios esenciales y característicos de derecho público –legalidad, igualdad, imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad- etc.-“**²

No obstante, la realidad del empleo público en España muestra, además de los funcionarios de carrera mencionados en la primera posición del art. 8 del TREBEP 5/2015, otras situaciones de precariedad en el empleo público, canalizadas a través de nombramientos administrativos (que encuentran amparo en su regulación), como son los de **funcionarios interinos**, que tienen cabida los supuestos legalmente previstos y tasados, contemplados actualmente en el art. 10 del citado texto legal, y el del personal **eventual**, nombrado con carácter no permanente para funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial (art. 12 del TREBEP 5/2015).

² Miguel Sánchez Morón. Derecho de la Función Pública, Editorial Tecnos, 2004.

En el primer caso, ese nombramiento de un funcionario en condición de “interinidad” que, como su propio nombre indica, fue pensado como una situación provisional, se vino convirtiendo durante los años de la crisis, en una vinculación semipermanente con el ente público para el cual aquellos prestaban servicios, no siendo poco habitual encontrar algunos interinos con nueve, diez, quince años de antigüedad o incluso en casos extremos, algunos llegaron a jubilarse en su puesto de trabajo.

Siguiendo la misma tendencia, **durante los últimos años ha proliferado la contratación laboral en el sector público**, fomentándose paralelamente la temporalidad en la Administración, con una serie de consecuencias que abordaré a continuación.

Obviamente, **no existe ningún inconveniente jurídico en que la Administración Pública recurra a la contratación laboral** de sus empleados públicos, al ser ésta una opción legalmente permitida en el art. 11 del TREBEP 5/2015, ya sea por tiempo indefinido, o con carácter temporal (art. 8.1.c).

Evidentemente la contratación laboral de las Administraciones Públicas **exige el respeto de las reglas del juego impuestas por la Constitución para el acceso al empleo público**, de manera que deben respetarse los principios de igualdad, mérito y capacidad del art. 103 de la misma, que entran en juego en la selección del personal de la Administración, así como también, el principio de igualdad en el acceso al empleo público del art. 23 de la misma.

Todo ello conduce, no sólo a que la elección del personal de las Administraciones tenga que sujetarse a los principios del artículo 103 de la C.E., sino también el sometimiento de la Administración Local.

Todo ello conduce, no sólo a que la selección del personal de las Administraciones tenga que sujetarse a los principios del artículo 103 de la C.E., sino también, la **reserva en cuanto al ejercicio de las funciones que llevan implícitas el ejercicio de autoridad o potestades públicas**, exclusivamente a empleados públicos con **vínculo funcional** con la Administración respectiva.

En este sentido, **el art. 92.3 de la LBRL 7/85**, para las Administraciones Locales, incorporó dicha reserva no ya sólo a “funcionarios”, sino exclusivamente a los “funcionarios de carrera”, dejando sentada la cuestión de que dichas funciones sólo fuesen

asumidas por personal con vinculación permanente y estatutaria con la Administración Local, y no por personal laboral así como tampoco por interinos.

Para contribuir a la confusión general, **además de permitirse la contratación laboral fija**, las Administraciones Públicas **pueden formalizar y así se realiza frecuentemente contratos temporales**, de manera que esas contrataciones formalizadas por las Administraciones Públicas con sometimiento a la legislación laboral (T.R. Estatuto de los Trabajadores 2/2015) pueden ser fijas o tener una duración temporal.

No obstante, si algo se ha olvidado por las Administraciones en los últimos años es que en el ámbito del Derecho Laboral, tanto la jurisprudencia como el propio legislador han manifestado la preferencia a favor de una relación laboral estable o indefinida, frente a una relación temporal, muestra de ello es que **el art. 15 del TR del Estatuto de los Trabajadores 2/2015, se decanta explícitamente a favor de la contratación indefinida**, exponiendo a continuación las modalidades de contratación temporal como excepciones de la misma, condicionadas a la concurrencia de causas justificativas.

Por tanto, para poder celebrar contratos temporales por las Administraciones Públicas rige el principio de causalidad, como bien explicaron los **profesores Juan López Gandía - Daniel Toscani Giménez** en el artículo antes mencionado:

“(...) La posibilidad de recurrir a la contratación laboral temporal también en las Administraciones Públicas debe ser algo excepcional, debiendo haber causa legal para ello y las causas se enumeran de forma taxativa, en un listado cerrado.

Además, el propio art. 15 del ET contempla una serie de presunciones a favor del carácter indefinido del contrato temporal, especialmente en supuestos de utilización fraudulenta de la misma, es decir, en aquellos casos en que se encubre un verdadero puesto de trabajo indefinido o estable mediante la celebración sucesiva de contratos temporales encadenados (...).”

Pese a que la **intención del legislador era que las plantillas públicas fuesen mayoritariamente integradas por funcionarios de carrera**, es evidente, y así se ha puesto de manifiesto desde hace tiempo, **la subsistencia de dos regímenes distintos de empleados de la Administración; funcionarios y laborales** acogidos bajo un único concepto de empleado público, debiendo reconocerse en los últimos tiempos, en muchas

Administraciones, por razones que a continuación desarrollaré, incluso mayor peso a la figura del personal laboral. frente al funcionario público de carrera.

Esto ha dado lugar a no pocas disfunciones, pues si bien es cierto que la figura del personal laboral encuentra su amparo en el TREBEP 5/2015 (artículo 8) como un empleado público más, efectivamente, no podemos olvidar que el personal laboral fijo ha sido escogido de acuerdo con los **principios de igualdad, mérito y capacidad, en el acceso al empleo público** del art. 103.3 de la C.E.

No obstante, dadas las distorsiones que se generan por el diferente régimen jurídico de este personal con respecto del empleado público funcionario, **debemos plantearnos en que situación nos encontramos actualmente**, partiendo de la siguiente cuestión: **¿Cuáles son las diferencias entre los derechos de un trabajador con vínculo funcional de los que se reconocen a un trabajador con vínculo laboral?**

Efectivamente, el **artículo 7 del TREBEP 5/2015** dispone que en cuanto a la normativa aplicable al personal laboral, que **éste se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto** que así lo dispongan.

Es precisamente **la aplicación de esa normativa laboral, y de la Jurisdicción Social** quizás más tuitiva y más proteccionista con los derechos de los trabajadores, que la correlativamente aplicable, Contencioso-administrativa en lo que se refiere a los funcionarios públicos, lo que ha generado no pocas distorsiones entre la situación jurídica de unos y otros.

A mayor abundamiento, la situación del empleado público español se complica por **la coexistencia de sub-categorías dentro de las dos reconocidas, como supone la distinción entre los funcionarios**, de dos categorías, unos con vínculo permanente o **“de carrera”** y otros, con vinculación temporal **“personal interino”**. Así como también se subdivide el **empleo público con vínculo laboral**, en personal laboral “fijo” , y “personal laboral temporal” entre los que encontramos según han sido catalogados por la Jurisprudencia, y a expensas de su nombre, al personal laboral “indefinido no fijo”.

No puede obviarse por su importancia en cuanto al número de efectivos, al personal laboral temporal, vinculado a la Administración mediante contratos de duración determinada, todos ellos, tal y como iré desgranando a continuación, tienen a la

luz de la doctrina europea que interpreta la Directiva 99/70/CE y el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, idénticos derechos y obligaciones que los empleados públicos con vinculación permanente, con independencia de su distinto régimen jurídico.

Esta dicotomía entre personal funcionario y personal laboral existente entre los empleados públicos españoles, es además observada con desconfianza en la Unión Europea, al ser una figura inexistente en otros países comunitarios, llegando a exigirse desde Bruselas que se adopten las medidas necesarias para que todo el personal tenga el mismo régimen jurídico funcional, unificando ambas categorías.

No obstante, con carácter previo, tenemos que examinar cómo se ha llegado a este punto, y cuál es el origen de ese aumento exponencial del personal con vínculo laboral en el sector público, unido también inexorablemente al incremento de la temporalidad en las Administraciones Públicas.

1.2. CAUSAS DEL INCREMENTO DEL PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN DURANTE LOS ÚLTIMOS AÑOS.

a) Incremento del personal laboral “indefinido no fijo” motivado por abusos en la contratación por parte de las Administraciones Públicas.

Las restricciones presupuestarias en la contratación de personal por parte de las Administraciones Públicas que han acontecido desde el año 2010 han conllevado una serie de perniciosos efectos en las plantillas públicas, reflejadas en el incremento del personal temporal y del denominado “indefinido no fijo”, fomentando lo que se ha dado en llamar la “laborización” del personal de las Administraciones Públicas.

Esta situación responde a múltiples factores que analizaré a continuación, abundando en las ideas en su día expuestas en mi artículo “*trabajadores indefinidos no fijos y tasa de reposición de efectivos*” (“El Consultor” de los Ayuntamientos, nº 17) Ed. WoltersKluwer):

Es un hecho conocido, que durante los años de la crisis económica, y dadas las restricciones presupuestarias, la tasa de reposición de efectivos “0”, reiterada en las

sucesivas leyes de presupuestos a partir del año 2010, impedía que las Administraciones pudiesen contratar nuevo personal (funcionario o laboral), circunstancia que, sin embargo, no eximía a éstas de la obligación, de continuar prestando los servicios al ciudadano que les encomendaba la legislación respectiva (para las Administraciones Locales, se trata de los determinados en los arts. 25 y sstes. de la LBRL 7/85), que acometían con una plantilla pública cada vez más mermada.

En este contexto, las Administraciones adoptaron un compromiso social (incentivado por la elevada tasa de desempleo en los años de la crisis económica) bajo el amparo del artículo 40 de la C.E.³. De esta manera, mientras los colectivos de funcionarios para la prestación de los servicios generales fueron progresivamente disminuyendo, como consecuencia de bajas, jubilaciones, fallecimientos etc... las Administraciones Públicas incrementaron sus modalidades de ofertas de dichos programas de contenido social (planes de empleo, programas en prácticas para la formación, colaboración social etc.) en muchos casos promovidos por Administraciones Públicas de ámbito superior, Administración del Estado y C.C.A.A. y también, en no pocos, financiados con fondos sociales europeos.

El objetivo de dichos programas se vio desvirtuado, y en no pocas ocasiones, lamentablemente, aquellos acabaron convirtiéndose en el cauce a través del cual las Administraciones pudieron seguir prestando sus servicios al ciudadano, dando lugar a lo que podemos denominar como la “tormenta perfecta”, esto es, las Administraciones no tenían funcionarios para la prestación de servicios generales, pero sí tenían el personal de dichos programas, del cual en muchos casos decidieron valerse (amparados en una redacción de las bases de la convocatoria de dichos programas, más que difusa e inconcreta) para la prestación de dichos servicios generales.⁴

Lo que ocurrió era algo previsible, consecuencia de lo antes mencionado, de manera que, en no pocas Administraciones, muchos de esos trabajadores fueron utilizados para desempeñar funciones ordinarias o permanentes de la Administración, omitiendo incluso en otros, la previsión del artículo 92.3 de la Ley de Bases de Régimen Local

³ Art. 40 C.E.: “Los poderes públicos promoverán las condiciones para el progreso social (...) de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.”

⁴Parte del contenido de este apartado reproduce el Artículo publicado en la revista “El Consultor” de los Ayuntamientos (nº 17) Ed.WoltersKluwer “trabajadores indefinidos no fijos y tasa de reposición de efectivos” Dª Lourdes Morate Martín.

7/1985, que, textualmente dispone: “*Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales.(...)*”.

Paralelamente, también se produjo otra situación rechazable pues, en no pocas ocasiones, se prorrogaba al trabajador contratado para una obra o servicio determinada por encima de la duración de la misma; el objetivo era evitar prescindir de dicho trabajador considerado esencial en el funcionamiento de un determinado departamento o servicio público.

Las consecuencias, ante las demandas planteadas por los trabajadores en la Jurisdicción Social, son de sobra conocidas, declaración de fraude de ley en la contratación, y en caso de mantenerse la relación laboral vigente, dichos trabajadores adquirieron la condición de indefinidos no fijos de la Administración.

Este incremento del personal laboral declarado indefinido no fijo, en las distintas Administraciones, tuvo diversos efectos negativos.

Por una parte, el Capítulo I de las Administraciones Públicas, relativo al coste de personal, se incrementó exponencialmente, como consecuencia de las indemnizaciones que hubieron de afrontarse en tanto que, en la mayoría de los casos, los trabajadores al declararse el fraude de ley en la contratación, obtenían la equiparación salarial con el convenio del personal de la Administración de que se tratase.

Otro de los efectos sería, tal y como puntualiza, el profesor **D. Juan Gil Plana** autor colaborador de la obra “*El Personal Laboral al servicio de las Corporaciones Locales*”⁵: “*La declaración judicial de la existencia de fraude de Ley en la en la utilización de la contratación temporal y, consecuentemente, la declaración de indefinido(...), produce un efecto en la antigüedad del trabajador indefinido (...); su antigüedad se computará desde el primer contrato temporal declarado fraudulento.*”⁶

⁵ “El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales”. Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, “El Consultor” (2010).

⁶ STS 28 de junio de 2007 (Rec.2461/2006).

Ese cómputo de la antigüedad desde la fecha del primer contrato declarado fraudulento se produce en todos los casos, en que se declare esa situación de fraude en la contratación.

Con tales precedentes, no pocas Administraciones Locales, evitaron acudir a la convocatoria de programas de contenido social (Planes de Empleo y Programas en Prácticas) para evitar la problemática antes mencionada, algo que en definitiva resultó perjudicial para todos los colectivos, tanto para las Administraciones, que prescindían de programas que, en el fondo eran positivos como medida de fomento social, como para los trabajadores, que de este modo lograban la inserción en el mercado laboral (difícil de otro modo) pues, no olvidemos que los colectivos beneficiarios eran, entre otros, personal con difícil acceso al mercado laboral, mayores de 45 años, jóvenes y desempleados de larga duración así como personas en riesgo de exclusión social.

Debemos sin embargo señalar que se aprecia una rectificación en la tendencia de incorporación de trabajadores indefinidos no fijos por dicha vía, en tanto que muchas Administraciones han sido conscientes del problema, y han extremado el cuidado a la hora de formalizar dichos contratos, adaptando el objeto de los contratos por obra o servicio de los Planes de Empleo, a la doctrina consolidada de los Tribunales de lo Social, de manera que se reducido considerablemente la incorporación de trabajadores en condición de “indefinidos no fijos” por dicho cauce.⁷

Como acertadamente concluyen los autores, **D. José Ramón Chaves García y D^a Belén Quesada Soler**, en su artículo denominado *“La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración”*⁸ *“Estas situaciones de incorporación de efectivos laborales a golpe de sentencia social generaban nuevos problemas para las gerencias públicas: mantenerlos en plantilla o extinguirlos con indemnización? ¿Dotar la plaza y cubrirla o dejarlos en el limbo? ¿Congelarlos en su puesto o aplicar movilidad? ¿Aplicar procedimientos de consolidación o funcionarización?”* Efectivamente esas preguntas irán obteniendo puntual respuesta, no gracias a la agilidad del **legislador** (que **en materia de función pública tradicionalmente se ha mostrado reacio a responder a situaciones**

⁷ Prueba de ello, es un menor número de Sentencias declarativas de fraude en la contratación derivada de dichas contrataciones, y sí muchas otras, que desestiman los recursos presentados por los trabajadores de estos programas; Valgan por todas las Sentencias dictadas por TSJ de Asturias de 14 de diciembre de 2017, y de 27 de diciembre de 2017, apreciando la inexistencia de fraude de ley en diferentes contratos por obra y servicio formalizados al amparo de planes de empleo y contratos en prácticas de un municipio.

⁸ Artículo publicado en la revista “El Consultor” (Ed. Wolters Kluwer), 15 de septiembre de 2017.

jurídicas concretas), sino en base a la doctrina de los Tribunales de Justicia, nacionales o de la Unión Europea, que en relación con las cuestiones planteadas, sienten criterio sobre la materia, y muestren cual ha de ser el camino a seguir en el ámbito de la función pública y los problemas planteados.

Pero siguiendo la línea del discurso, no podemos olvidar que **otra segunda vía de aumento del personal indefinido no fijo** proviene de lo siguiente:

b) Incremento del personal indefinido no fijo por concurrencia de los supuestos del art. 43 y 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores 1/1995.

Paralelamente a la reducción de la incorporación de personal indefinido no fijo proveniente de dichos programas, en términos generales, se aprecia una fuente de incorporación de personal indefinido no fijo que, sin embargo, no se ha reducido sino que se ha visto incrementada, como son los supuestos de **sucesión de empresas** (art. 44.2 del TRET) y de **cesión ilegal de trabajadores** (art. 43 TRET), consecuencia precisamente de las carencias de personal, que incentivaron durante los años de la crisis, para que las Administraciones acudieran, en no pocas ocasiones, a la gestión indirecta de los servicios públicos, cometiéndose excesos como consecuencia de no adaptarse a la jurisprudencia social en la materia, cada vez más exigente con los requisitos necesarios para evitar incurrir en los mismos, sobre todo a la hora de revertir el servicio a la Administración.⁹

Así resulta la incorporación de “indefinidos no fijos” a las plantillas públicas a raíz de Sentencia judicial que, en ocasiones, aprecia de la existencia de “**sucesión de empresas**”, **con ocasión de la reversión de un servicio público a la Administración**, si concurren los requisitos del artículo 44.2 de la Ley de Jurisdicción Social 36/2011 “*Se considerará que existe sucesión de empresas cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.*”¹⁰ resultando además de aplicación de la doctrina sentada por Tribunal de Justicia de la UE

⁹ V. Sentencia del TS de 19 de Septiembre de 2017 (Reasunción de un servicio externalizado por parte del Ministerio de Defensa); Así como la Sentencia del TS de 7 de junio 2016 sobre reversión a un Ayuntamiento de Vizcaya del servicio de inmovilización, traslado y depósito de vehículos.

¹⁰ Artículo que reproduce el 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de Marzo de 2001

que, como en otras ocasiones, ha sentado con su Jurisprudencia, la línea clara a seguir por los Tribunales de Justicia nacionales.¹¹

Idéntico incremento está teniendo el personal indefinido no fijo incorporado a las Administraciones Públicas como consecuencia de las sentencias de la Jurisdicción Social declarativas de **cesión ilegal**. Si nos asomamos a cualquier base de datos de jurisprudencia observamos un notable incremento de dicho supuesto que concurre cuando **la Administración utiliza la mano de obra de una empresa que se limita a proveer de trabajadores a la misma, con destino a la prestación de un servicio público**, incurriéndose en este caso en el supuesto del art. 43 del TRET, con el idéntico resultado: Incremento de la plantilla de personal indefinido no fijo de la Administración.¹²

c) Los trabajadores indefinidos no fijos están sujetos a la obligada convocatoria y provisión de sus plazas.

Sobra decir que dicha condición de “indefinido no fijo” no supone un vínculo permanente con la Administración, tal y como reiteradamente se ha venido insistiendo por la Jurisprudencia Social. Por tal motivo se atribuye a dichos trabajadores la condición de indefinidos con la subcategoría de “no fijos”, lo que implica de suyo que, nada impide que se proceda a la convocatoria y provisión de dichas plazas por los procedimientos legalmente establecidos.¹³

Lo que resultó evidente es que las Administraciones continuaron disponiendo de ese personal que había sido incorporado en condición de indefinido no fijo, manteniéndoles en las mismas funciones y puestos que desempeñaban con anterioridad al reconocimiento de su condición de indefinidos no fijos, **con independencia de sí precisamente, fue la realización de dichas funciones, impropias de su vínculo laboral**

¹¹ Resulta de aplicación en esta cuestión, la doctrina sentada por Tribunal de Justicia de la UE (valga por todas la Sentencia de 26 de Noviembre de 2015, recurso C-509/14, Caso ADIF), cambio en la doctrina operado por la STJUE de 11 de julio de 2018 (C-60/17), reflejada en la Sentencia del TS Sala de lo Social nº 873/2018 sobre subrogación empresarial en servicio de limpieza: Actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial.

¹² A título ilustrativo, valgan por todas las siguientes: Sentencia del TS (Sala de lo Social) de 31 de mayo 2017, Sentencia del TSJ de Galicia, (Sala de lo Social) de 28 abril 2017 y la Sentencia TSJ de Navarra, (Sala de lo Social) de 23 marzo 2017.

¹³ La STS de 4 de febrero 2016 (rec. 2638/2015) se pronunciaba en los siguientes términos: *“Como dijimos en nuestra sentencia del Pleno de 24 de junio de 2014 (R. 217/2013) los contratos del personal indefinido no fijo, tienen naturaleza temporal y están sujetos a una duración determinada -hasta la cobertura reglamentaria de la vacante- de manera que se conoce la causa de terminación del mismo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá”.*

temporal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 92.3 de la LBRL 7/1985, las que dieron lugar a aquella declaración, es decir, sin plantearse la obligación de convocar las plazas, mediante las pruebas que garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso público.

En este sentido, la propia doctrina de los Tribunales, recuerda que **no hay una posibilidad de convocar, sino que hay una obligación de convocar dichas pruebas selectivas para proveer dichos puestos**, de acuerdo con los citados principios.

Valga por todas, la **Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 13 de marzo de 2018** (Rec. Suplicación 3221/2017), la cual refiere respecto de la posibilidad de consolidación en plantilla de dicho personal indefinido no fijo lo siguiente: *“(...)tampoco operaría la consolidación pues la Entidad Local demandada integraría al trabajador como personal indefinido, al estar obligada a convocar las correspondientes pruebas selectivas mediante los procedimientos reglados y con respeto a los principios de igualdad, capacidad y mérito establecidos en los artículos 14, 23 y 103 de la Constitución Española.”¹⁴*

1.3. CONJUNCIÓN DE PROBLEMAS, CRECIENTE LABORALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, UNIDA A LA TEMPORALIDAD DE LA MISMA: DOCTRINA EUROPEA ENCAMINADA HACIA UNA UNIFICACIÓN DE RÉGIMENES JURÍDICOS.

Además de esta “laboralización” de la Administración Pública, surge en medio de esta “confusión jurídica” sobre la actual situación del empleado público” el problema de la temporalidad en la Administración, cuestión de indudable importancia, que resulta pertinente traer a colación, **pues la doctrina europea parece también estar sumida en la misma tormenta de ideas**, y que, con todos los respetos, no parece aclararse sobre el distinto régimen jurídico de los empleados públicos funcionarios, y los que están unidos

¹⁴ La Sentencia del STS de 30 de Mayo de 2007 (Rec, 5315/2005), preceptúa: *“Determinar el reconocimiento como indefinida de una relación laboral, (...) supone) que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo de las Administraciones Públicas (...).”*

por vínculo laboral; Así como tampoco, sobre los que tienen un vínculo permanente, con respecto aquellos que tienen una vinculación temporal.

La cuestión se plantea a la luz de la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco unido a la misma, **directamente aplicables al personal de la Administración pública**, en tanto que abarca toda relación de servicios retribuida por cuenta ajena, siendo indiferente si la vinculación con la misma es temporal o indefinida, así como, cual sea la naturaleza jurídica de dicha relación con arreglo a las distintas legislaciones nacionales (personal funcionario, laboral o estatutario, como ocurre en España).¹⁵

1.3.1. TRATAMIENTO DE LA TEMPORALIDAD EN LOS TRABAJADORES DE LA ADMINISTRACIÓN POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA. Inicial confusión de regímenes jurídicos y la evolución hacia un único empleado público.

Debemos referirnos a la confusión planteada en el mundo jurídico con la **Sentencia del Caso De Diego Porras** (asunto C 596/14) del STJUE de 14 de septiembre de 2016), a medio del cual se examinaba la situación de una trabajadora vinculada con relación estatutaria que habían encadenado contratos de interinidad, que es cesada por reincorporación del trabajador al que sustituía (liberado sindical). Afirmaba el Tribunal Europeo entonces, que la citada trabajadora tendría derecho (pese a no preverlo el ordenamiento jurídico español para esa modalidad de contrato) a una indemnización por cese que “podría” ser la prevista para el despido improcedente de 20 días de salario por año de servicio.

Esta Sentencia, generó un intenso debate doctrinal como así ha manifestado una parte de la **doctrina científica; entre otros Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer “La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el régimen indemnizatorio extintivo de trabajadores interinos”**¹⁶ en el cual se concluye lo siguiente:

¹⁵ En este sentido la Sentencia del TJUE dictada en el asunto Regojo Dans, C-177/14, de 9 de julio de 2015.

¹⁶ Diario La Ley, nº 8850, Sección Tribuna, 25 octubre 2016, ref. D-374. Editorial Wolterskluwer.

“Ni la Directiva ni el Acuerdo Marco (70/1999) prevén excepción alguna para los empleos del sector público, incluida la función pública, aunque no se han diseñado teniendo en cuenta las particularidades de los empleos en la Administración Pública y además su transposición se ha realizado a través de reformas de la legislación laboral no siempre acompañadas de medidas paralelas en la legislación de la función pública”.

Esta doctrina tan confusa en su aplicación **ha sido recientemente rebatida por el mismo Tribunal** en la **Sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018, que resuelve el asunto Montero Mateos (C-677/16)**, que da un vuelco a la Doctrina Diego de Porras, al concluir el Alto Tribunal Europeo, que no es contrario a la Directiva 1999/70 el que la normativa española no prevea indemnización alguna a los contratos de duración determinada, (contrato de interinidad) por vencimiento del término de los mismos, o por cobertura de vacantes mediante un proceso selectivo.

Sin embargo, ello no implica una habilitación en blanco de todo tipo de contratación temporal de las Administraciones Públicas, independientemente de las circunstancias y duración, de tal manera que, finalmente la cuestión, como bien insiste el Tribunal Europeo, se resume en un análisis caso por caso que debe realizar el Tribunal Nacional del supuesto concreto planteado.

1.1.3 ADAPTACIÓN DE LA NUEVA DOCTRINA EUROPEA POR LOS TRIBUNALES NACIONALES.

A) Primera Sentencia que adapta la doctrina del TJUE en el asunto “Montero Mateos”: **SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 2018 DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN.**

Uno de los primeros en “recoger el guante” lanzado por el TJUE fue el **TSJ de Castilla y León, en su Sentencia de 11 de Junio de 2018** (STCL 01069/2018 con nº de recurso: 833/2018), que, aplica las conclusiones del Tribunal Europeo llegando a la siguiente conclusión:

Se analizaba en el supuesto planteado, la reclamación de la indemnización por extinción del contrato de trabajo, por finalización del mismo, de una trabajadora

contratada interina, con categoría de auxiliar de biblioteca para la Consejería de Educación de Castilla y León, desde el año 2010, hasta el 18 de octubre de 2017.

Concreta el Tribunal que, “(...) *el fin, en definitiva de tal indemnización es compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación laboral por una causa de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador pudiera albergar en la fecha en que se produce la ruptura de la relación laboral, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación (causas sobrevenidas e imprevistas para el trabajador que afectan a su relación laboral).*”

Refiere el Tribunal, que, en la sentencia europea que resuelve el asunto *Montero Mateos*, aplicable por analogía, al tratarse también de un contrato de interinidad por vacante, se parte en principio de que no existe discriminación por la diferencia de trato pues la trabajadora “*no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni sabía que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga*”. Insiste el Tribunal Castellano en que, **el Tribunal Europeo permite analizar caso por caso, cada supuesto planteado para averiguar si ha podido haber un fraude en la contratación** (parágrafo 64 de la Sentencia *Montero Mateos*).

El TSJUE habilita al juzgador nacional para determinar cuándo una situación de interinidad se convierte en una situación abusiva o fraudulenta, o, en términos del propio Tribunal en una situación inusualmente larga.

Para fijar dicho criterio el Tribunal Castellano-Leonés se fundamenta en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, de esta forma, en la Sentencia del TS de 14 de julio de 2017¹⁷ o de 5 de febrero de 2018¹⁸ establecen dicho exceso, en base a que **el artículo 70 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público R. D. Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) dice que la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar debe desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años**, siendo ésta la referencia por tanto para aplicar los artículos 4.1 y 4.2 b) del Real Decreto 2720/1998, que señalan que el **contrato de interinidad se puede celebrar para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva**, en cuyo caso, la duración es la del tiempo que

¹⁷ Sentencia del TS, Sala de lo Social de 14 de julio de 2017, RCU 180/2017.

¹⁸ Sentencia del TS, Sala de Social de 5 de febrero de 2018 (Suplicación 2129/2017)

dure el proceso de selección o promoción que, en el caso de las empresas privadas no puede exceder tres meses y, “*en el caso de las administraciones públicas debe coincidir con el tiempo que duren los procesos para la cobertura de las plazas, conforme a lo previsto en su normativa específica.*”

La coincidencia de ambos criterios permitiría deducir que el límite máximo que siempre **ha considerado el legislador como admisible y normal para los contratos temporales celebrados por una administración es el de los tres años.**

Concluye el Tribunal que, en ese supuesto, aun cuando la causa de finalización del contrato (cobertura de plaza) fue la pactada “abinitio”, **procede el abono de indemnización, en los términos vistos, porque la fecha de finalización era imposible de determinar, cuando se suscribió el contrato y el mismo se prolongó de forma inusualmente larga, hasta alcanzar los siete años y medio** (...). E incluso insinúa la Sentencia que en el caso de que se hubiese solicitado también, procedería la declaración de la trabajadora como indefinida no fija como consecuencia de ese contrato que incurrió en fraude de ley por haber superado los 3 años para la ejecución de la oferta pública de empleo establecidos en el EBEP.

De nuevo, **el principio de igualdad proclamado por la Directiva 1999/70, prevalece con independencia de la situación o vínculo jurídico del trabajador con la Administración.**

A) Segunda Sentencia que adapta la doctrina del TJUE en el asunto “Montero Mateos”: **SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO 33 DE MADRID, DE 28 DE JUNIO DE 2018¹⁹.**

Este Juzgado fue el que inicialmente, al estar disconforme con la conclusión del caso Diego de Porras, resuelto por Sentencia TJUE de 14 de Septiembre de 2016 (asunto C-596/14), **planteó la cuestión prejudicial**, que fue resuelta por el TSJUE a medio de **la Sentencia de 5 de junio de 2018 en el asunto C-677/16** (Sentencia Montero-Mateos).

A raíz de dicha Sentencia se examina por el Tribunal el caso particular, de una trabajadora que había sido contratada el 13 de marzo de 2007 por la actual Agencia

¹⁹ (Ponente: Aramendi Sánchez, José Pablo, nº de Sentencia 260/2018, en el número de recurso 991/2016, Ref. CJ 76338/2018).

Madrialeña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, con contrato de trabajo de interinidad por vacante, como auxiliar de hostelería en una Residencia de Mayores dependiente de dicha Consejería. Convocado proceso selectivo extraordinario para la consolidación de empleo, la actora no superó el proceso selectivo, siendo su puesto adjudicado a otra aspirante. El 30 de septiembre de 2016, se le comunica a la actora la extinción de su contrato. La actora recurre ante el Juzgado su cese, y es en este momento cuando el Juzgado plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Recibida la Sentencia del TJUE que responde a la cuestión prejudicial planteada por este Juzgado de lo Social nº 33, el mismo estudia su aplicación al caso concreto, y concluye que existe un importante matiz en la citada Sentencia Montero Mateos (parágrafo 64), cuando puntualiza que: *“En el caso de Autos la Sra. Manuela no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al Juzgado remitente examinar si habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato, y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a calificarlo como contrato fijo.”*

Sin embargo, el Juzgado Social 33 de Madrid, sostiene que, **en ningún caso, aplicando la normativa nacional puede desprenderse argumento alguno que por razón de la imprevisibilidad de la fecha concreta de su extinción al momento de suscribirse el contrato de interinidad, conduzca a calificar el vínculo como fijo y no como temporal.**

Ahora bien, esta Sentencia invocando la precedente del TSJ de Castilla y León, refiere que lo que se desprende de la STJUE es que **debe existir un umbral de duración para aquellos contratos temporales cuya duración no puede precisarse de forma determinada al momento de suscribirlos**, refiere la citada, que **en los contratos de interinidad por vacante, la fecha de extinción es indeterminada** pero está sometida a una condición habilitante de su validez, como es que la vacante que se está cubriendo se ocupe a través de un proceso selectivo, que **en el caso de las empresas privadas no puede durar más de tres meses**, mientras que **para las AAPP su duración coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a la normativa específica (...)**

considerando el Tribunal ad quo como normativa específica aplicable TREBEP 5/2015, (art. 70, que indica:

“(...) en todo caso la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de 3 años.”

Concluye el Juzgado que la convocatoria a la que estaba accediendo tanto desde el turno libre como desde el de promoción interna, se vincula a la plaza que la demandante estaba cubriendo. Se impone, no obstante, la interpretación de que **los contratos de interinidad por cobertura por vacante no pueden exceder el plazo de tres años establecido en el art. 70 del EBEP para la ejecución del proceso de selección.**²⁰

Paralelamente, se hace eco de la doctrina dictada por nuestro Tribunal Supremo que refiere que, si el cese trae causa en que **la vacante que ocupaba ha sido cubierta por el proceso reglado de selección cuando éste hubiese excedido del plazo legal máximo posible**, el criterio que se sostiene en la doctrina dictada por el Tribunal Supremo,²¹ **es que la indemnización que procede, alcanza los 20 días por año.**²²

Por todo ello y aplicado al supuesto enjuiciado, la Sala resuelve aplicar el párrafo 64 de la Sentencia del TJUE dictada y en conclusión estimar que **en aquel caso concreto en que la actora había sido contratada en el año 2007, prestando servicios para la Comunidad de Madrid hasta 2016, la duración había sido excesiva**, y, en consecuencia aplica la doctrina anterior y **estima procedente conceder a la misma, una indemnización de 20 días de salario por año con límite de 12 mensualidades.**

B) **Otras Sentencias** que reflejan la nueva doctrina del TJUE, de relevante impacto, son las dictadas por el **TRIBUNAL**

²⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 14-07-14 (rec 1847/13, 14-10-14 (rec 711/13) así como la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 9-03-2017, recurso 2636/2015.

²¹ Doctrina dictada por el TS desde la inicial sentencia de la Sala General de 28 de marzo de 2017 rec. 1664/15 hasta la más reciente de 22-2-2018.

²² Se insiste por tanto en el criterio previamente establecido en la STS 7-11-2016 rec. 755/15 “*ante la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales en caso de extinción del contrato por cobertura de vacante (...) es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el art. 53.1 b) del ET en relación con los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinción contractuales por causas objetivas.*”

**SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO, 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018.**²³

Estas Sentencias suponen una prueba más de esta confusión doctrinal en la que se mueve la figura del empleado público, además de aclarar cuestiones confusas a la luz de la doctrina europea sentada por el TJUE en el año 2016, provenientes de otras Sentencias, relacionadas con lo anterior, en los asuntos resueltos simultáneamente por **Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, C-184/2015 (Caso Martínez Andrés) y C-197/2015, (Caso Castrejana López).**

En uno de los casos de origen y resuelto por el TJUE en Septiembre de 2016, se enjuiciaba el cese de una trabajadora, personal estatutario eventual del servicio de salud Vasco, que desempeñaba funciones de auxiliar administrativo y, en el otro supuesto, se el de un funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria. Ambos trabajadores impugnaron sus ceses, y en primera instancia el TSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) anuló los mismos, aplicando directamente la doctrina del TJUE a raíz de la cuestión prejudicial planteada y resueltas en esas Sentencias de 16 de septiembre de 2016 y dictó, aplicando esta doctrina, dos Sentencias que causaron un fuerte impacto jurídico por aplicar a una relación funcionarial y otra estatutaria, y por tanto ambas sometidas al derecho administrativo, las consecuencias vinculadas a un despido improcedente, impuestas por la normativa laboral.

En consecuencia, la **vinculación de ambos trabajadores fue declarada en fraude de ley, y paralelamente, como sanción a la Administración se reconoció el vínculo indefinido no fijo (pese a que se trataba, en un caso de personal estatutario del Servicio de Salud Vasco, y en otro de un trabajador funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria sometido a vínculo administrativo).** Ello originó una revolución en la doctrina por una aplicación estricta, de una figura creada y pensada jurisprudencialmente para sancionar los abusos en el ámbito laboral y trasladarla, al ámbito netamente administrativo, cuestión zanjada a raíz del recurso de casación planteado por el Servicio Vasco de Salud y por el Ayuntamiento de Vitoria,

²³ Sentencia de 26 de Septiembre de 2018, números 1425/2018, Recurso 785/207 y 1426/2016 de 26 de septiembre. Recurso 1305/2017.

El Tribunal Supremo, recogió el guante, y la Sala Contencioso-Administrativo admitió a trámite los recursos de casación interpuestos por las partes y declaró, por **Auto de 13 de junio de 2017** el **interés casacional** de la siguiente cuestión, que es fundamental para sancionar los abusos de la Administración, en este caso en la contratación de funcionarios interinos... *¿Cabe aplicar por analogía la jurisprudencia del orden social y convertir en relación indefinida no fija la relación de un funcionario interino? Cabría adoptar otras medidas? Tendría derecho a la indemnización?*.

Las Sentencias recientemente dictadas por el Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 2018²⁴, estiman parcialmente los recursos de casación planteados, clarificando la cuestión que tanto debate doctrinal suscitó, **moderando la aplicación del derecho laboral al ámbito administrativo**, al concluir textualmente, que:

*“Refiere el Alto Tribunal que la consecuencia (del abuso en la contratación) **no debe ser la de la conversión en personal indefinido no fijo, sino la subsistencia y continuación de la relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos implícitos, hasta que la Administración competente cumpla con lo preceptuado en un caso, por el art. 9.3 del de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco de los Servicios de Salud, y en el caso del Ayuntamiento con el art. 10.1 del TR del EBEP 5/2015, hasta que se valore si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a la decisión administrativa**, en tal sentido la creación de la plaza, implicará por mor de lo dispuesto en la Ley de Presupuestos actualmente vigente, **la obligación de convocatoria de la misma en oferta pública de empleo en los plazos del art. 70 del TREBEP, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad**. Se trata en todo caso, y según nuestro Alto Tribunal de “impedir que la situación de precariedad en el empleo se consolide en el tiempo.”*

Por otro lado, da **un vuelco nuevamente el Tribunal a la aplicación directa y automática de la indemnización de los 20 días** (correspondiente al despido por causas objetivas) prevista en el ordenamiento jurídico laboral, y determina que, evidentemente, el estudio de si ha habido abuso en la contratación debe realizarse caso por caso, y **lo reconduce** (cómo no podía ser de otra forma) para los trabajadores ligados con vínculo administrativo (funcionarios interinos y personal estatutario), **a la figura de la**

²⁴ Sentencias del TS, Sala C.A., números 1425/2018, Recurso 785/207 y 1426/2016 de 26 de septiembre. Recurso 1305/2017.

responsabilidad patrimonial administrativa (planteando en el procedimiento de origen el reconocimiento de una situación jurídica individualizada), indemnización que **no** será **automática**, sino que **dependerá** de las **circunstancias concretas del caso**, y una vez **acreditados** fehacientemente, **mediante cualquier medio de prueba** admitido en derecho, **la realidad de los daños** y perjuicios causados y, por supuesto, **en el momento procesal oportuno**, de manera que, sólo podrá quedar para ejecución de Sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización.

En doctrina referida en un interesante artículo publicado por **D. Ignasi Beltrán** denominado “*Funcionarios interinos y personal estatutario eventual: medidas contra la temporalidad*”²⁵ se concluye:

*“En relación a la compensación económica, es cierto que **al rechazarse la responsabilidad “in re ipsa”** y exigirse la determinación y prueba de los daños **no se agilizará su percepción** (y quizás, la previsión de una posible indemnización pierda fuerza disuasoria frente al abuso)(...)”*. No obstante, como bien recuerda el autor, tal y como indica el TS en su Sentencia el régimen procesal del recurso contencioso-administrativo **no obliga a que el perjudicado por la situación de abuso haya de acudir a un proceso distinto** de aquel en que tal situación se declara, para pretender el reconocimiento de un derecho indemnizatorio, pues la posibilidad de que se realice en el mismo procedimiento viene implícita, conforme dispone el artículo 31.2 de la LJCA 29/98.

Veremos la aplicación que realizan los Tribunales de Justicia sobre esta cuestión concreta, y cómo se canalizan las indemnizaciones por abusos en la contratación, en el marco de la responsabilidad objetiva administrativa.

C) Otra reciente Sentencia que refleja la nueva doctrina del TJUE, de relevante impacto, es la **SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2018 (TJUE 2018/209)**:

Nuevamente el alto Tribunal Europeo, insiste en una nueva Sentencia en esta cuestión que redunda en la doctrina anteriormente invocada, **Sentencia del TSJUE de 21 de noviembre de 2018 TJCE 2018/209**, resolviendo la decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) mediante Auto de 25

²⁵ <https://ignasibeltran.com/2018/10/08/funcionarios-interinos-y-personal-estatutario-eventual>

de octubre de 2017, que no veía con buenos ojos la anterior conclusión del Tribunal sobre el asunto de Diego Porras resuelto en el año 2016 por el alto órgano jurisdiccional europeo. En esta Sentencia el TJUE, ratifica nuevamente su conclusión anterior, y refiere que la Cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que, *“no se opone a la Directiva 77/99 una normativa nacional que no prevé una indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, como el contrato de interinidad, de que se trata en el pleito principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede una indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.”* No obstante, vuelve a insistir en *“la competencia del tribunal nacional apreciar si se ha o no producido abuso en esa concreta situación jurídica y en su caso determinar cuál podría ser la medida a aplicar.”*

Efectivamente estas Sentencias así como la que reflejaremos a continuación muestran que **NUESTROS TRIBUNALES DE JUSTICIA POR REFLEJO DE LA DEL TSJUE TIENDEN TAMBIÉN A LA EQUIPARACIÓN ABSOLUTA DE DERECHOS ENTRE TRABAJADORES TEMPORALES Y FIJOS.**

Muestra de lo anterior son las siguientes cuestiones largamente debatidas y recientemente solventadas por nuestros más altos órganos jurisdiccionales con la doctrina que a continuación expongo:

D) Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo relativa a LA EQUIPARACIÓN DE DERECHOS.

Como acertadamente señala el autor y Magistrado, **D. David Ordóñez Solís** en su artículo *“El empleo público temporal en España a la luz de la Directiva 1999/70 CE: Incuria legislativa versus activismo judicial”*:²⁶

“En el Derecho español los efectos de esta jurisprudencia (relativa a los méritos de los trabajadores temporales para la promoción profesional) han sido

²⁶ D. David Ordóñez Solís es Magistrado, doctor en Derecho y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea. Es Académico Correspondiente de esta Real Corporación.

extraordinarios aunque tanto el legislador estatal como los legisladores autonómicos han ido a remolque. En algunos casos también ha habido resistencias de algún tribunal español, reacio, incomprensiblemente a aplicar la nueva jurisprudencia europea. Esto ha reclamado la intervención del Tribunal Constitucional o incluso la adopción de leyes autonómicas (...).”

Efectivamente, **han sido nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo** quienes han acogido plenamente la corriente europea de plena equiparación de derechos, reflejando dicha doctrina, al reconocer al personal temporal de la Administración algunos que, tradicionalmente, sólo se reconocían a los funcionarios de carrera y personal laboral fijo.

D.1.) Equiparación en el reconocimiento del derecho a la
**PERMUTA DE LOS TRABAJADORES INTERINOS DE
LA ADMINISTRACIÓN.**

Muestra de esa igualdad pretendida, es el reconocimiento del derecho a la permuta del personal interino, recientemente acogido por nuestro Tribunal Constitucional, tal y como a continuación se expondrá.

En este sentido, tal y como refiere el profesor **Xavier Boltaina Bosch**, en su análisis doctrinal sobre *“La función pública y la equiparación del personal laboral fijo temporal”* (marzo de 2018)²⁷:

“Es interesante, en este debate acudir al criterio del Ministerio Fiscal expresado en su documento de 25 de junio de 2017 y que fue presentado ante el Tribunal Constitucional (...)

(Refiere la Fiscalía) que, si una entidad local lo reconoce (este derecho) al personal fijo y ningún reparo hay a la concesión, por lo general, idéntico trato debe darse al laboral temporal. Si una permuta supone el cambio de puesto, no hay a juicio de la Fiscalía, término objetivo de diferencia, (tanto) si ésta es solicitada por un fijo o por un interino.

²⁷ Artículo publicado en “La Administración Práctica” de fecha 3 de marzo de 2018:

La Fiscalía, por tanto, parece inclinarse por una interpretación amplia de la igualdad de derechos, y así lo mantiene en recursos en que debe ser parte sobre discriminación que se sustancian ante el Tribunal Constitucional (...)”

Siguiendo esta línea argumental, la **Sentencia del Tribunal Constitucional de en su Sentencia 149/2017, de 18 de diciembre**, refiere lo siguiente:

El supuesto analiza la denegación del derecho a permuta de dos funcionarias interinas de la Junta de Galicia, una de ellas prestaba servicios en Orense y vivía en Lugo, siendo madre soltera de una niña de 8 años, lo que implicaba unos desplazamientos diarios de más de 200 km. La otra funcionaria atendía a sus padres de 91 y 88 años de edad respectivamente, prestaba servicios en Lugo y, en cambio residía en Orense.

El Tribunal Constitucional enmienda la plana al TSJ de Galicia (Sala de lo Social) que en una Sentencia de 14 de Octubre de 2015, denegó el derecho a la permuta de las trabajadoras en base a que aunque una de ellas era trabajadora laboral fija que tenía reconocido su derecho por el Convenio Colectivo aplicable, sin embargo, no ocurría lo mismo con la otra trabajadora interina por vacante a la cual, **ni el convenio ni la normativa aplicable concedían dicho derecho**. Esta Sentencia muy fundada jurídicamente, justificaba que hay determinados derechos que ostentan los trabajadores fijos, pero no así los temporales o los indefinidos no fijos, al amparo del artículo 15.6 del TRET.

Valora no obstante el Tribunal Constitucional en su Sentencia varias cosas, **para el otorgamiento del derecho a la permuta**, el derecho a la conciliación de la vida familiar y personal, en su vertiente al derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución, además la Directiva 1999/70/CE y la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del TJUE (asunto De Diego Porras) considera que no existe la justificación razonable para el trato diferenciado exigido por dichas Sentencia y, refiere además, que **en esta cuestión no sólo el derecho de la función pública y el derecho laboral entran en juego**, sino también principios y reglas constitucionales como las fijadas en una sociedad cada vez más compleja, en donde **la vida personal, familiar e individual, interactúan con nuestra vida profesional o social**, y hace dicha valoración, **sin entrar a estudiar ni plantearse si se trata de temporales o interinos de corta o larga duración** (de hecho podrían ser calificadas de “larga duración” en tanto una de ellas prestaba servicios desde hacía más

de 22 años de servicio en régimen de interinidad, y la otra acumulaba más de 18 años de servicios para el citado organismo).

Sigue la línea el Tribunal Constitucional de nuestro Tribunal Supremo, pues debe recordarse que la equiparación entre el personal laboral temporal con respecto al personal fijo ya llevaba tiempo siendo objeto de discusión jurídica, recuérdese el **DERECHO A LOS TRIENIOS** reconocidos por la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la U.E. Sentencia del “Cerro Alonso” de 13 de Septiembre de 2007** así como el **derecho a sexenios del personal de educación**, reconocido en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2012**.

Aún pendiente de Sentencia, merece destacar que el Alto Tribunal ha reconocido **Interés Casacional, al derecho a la carrera administrativa de los interinos o temporales del Administración**, en los siguientes términos:

D.2.) Equiparación en el reconocimiento del derecho a la **CARRERA ADMINISTRATIVA de los trabajadores interinos y temporales de la Administración**.

La resolución que da origen a esa cuestión se trata en este caso de la Sentencia dictada, de 9 de marzo de 2017 ²⁸(autos 33/2017), del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Badajoz ²⁹ que reconocía el derecho a la carrera profesional del personal interino. El Tribunal Supremo admite a trámite el Recurso de Casación planteado por los Servicios Jurídicos Extremeños, y declara el Interés Casacional de la misma, mediante Auto de 12 de febrero de 2018³⁰ a medio del cual se plantea:

²⁸ La motivación jurídica de la Sentencia señalaba «Pues bien, no podemos desconocer el contenido de las distintas sentencias dictadas al respecto por el Tribunal Supremo (Sentencia de 30 de junio de 2014, recurso de casación Nº 1846/2013) y el Tribunal Constitucional (Sentencia de 5 de noviembre de 2015), como tampoco podemos obviar la normativa comunitaria (Directiva 1999/70 /CE). Esta jurisprudencia y esta normativa han establecido el criterio meridiano y claro de que no existen razones que justifiquen la diferencia de trato retributivo entre el personal fijo de la Administración y el interino”.

²⁹ Dicha doctrina es idéntica a la mantenida el Tribunal Superior de Justicia de Asturias que en Sentencia de octubre de 2017 mantiene idéntico criterio Existiendo además Sentencias de otros TSJ como Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección2ª) Sentencia núm. 196/2018 de 19 abril. RJCA 2018\833 Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección3ª) Sentencia núm. 80/2018 de 9 marzo. RJCA 2018\517.

³⁰ Tipo de procedimiento: R. CASACION; Número del procedimiento: 2451/2017.

“(…)si la carrera profesional horizontal ha de ser considerada "condiciones de trabajo" a efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico aplicables a los funcionarios interinos y al personal laboral no fijo y, en su caso, determinar si existe o no discriminación en aquellos supuestos en que dicho personal quede excluido de la posibilidad de realizar dicha carrera horizontal. Y ello desde la óptica de la [Directiva 1999/70/CE](#) del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEP sobre el trabajo de duración determinada (…)”

Estamos a la espera de que se dicte Sentencia por el Tribunal Supremo, que zanje definitivamente la cuestión sobre este asunto.

En idéntico sentido, SE **RECONOCE** el **derecho A LA PROMOCIÓN ADMINISTRATIVA DE UN TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO EN LA STS 1703/2018, de 2 de abril de 2018**, refiere:

“La Sala no aprecia inconveniente en admitir que un trabajador indefinido no fijo pueda participar en concursos para la provisión de puestos de trabajo, conservando dicha condición en el nuevo destino, y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno derecho.”

Reconoce el propio Tribunal que dicha solución en modo alguno altera los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, de ahí que también reafirme la necesidad (“auténtica obligación”), como el mismo Tribunal insiste), de que el empleador proceda, cuanto antes, a la amortización o convocatoria pública de las plazas desempeñadas por este tipo de trabajadores.

Concluye el TS que *“que cerca de 250 personas (trabajadores de un organismo público vinculado a la Junta de Andalucía) puedan quedar privadas de su derecho a la promoción profesional, al padecer durante muchos años, como consecuencia de la pasividad del legislador (que ni amortiza ni convoca sus plazas),y ello constituye un resultado contrario al derecho constitucional y legal a la promoción profesional, casa mal con la equiparación de derechos a que debe tenderse entre los colectivos de referencia y no encuentra amparo en nuestra actual doctrina (…).”*

En idéntica línea y muestra de que los lindes entre los derechos reconocidos a personal laboral temporal y al permanente son cada vez más difusos, se ha reconocido recientemente:

D.3.) DERECHO A LA CONSOLIDACIÓN DEL GRADO DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS.

Este asunto obtiene también respuesta definitiva por medio de la Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del TS de 7 de noviembre de 2018 (rec.1781/2017). En caso de un médico que el 16 de septiembre de 2011 se incorporó como funcionario interino al puesto de trabajo de médico del Centro Provincial de Drogodependencia, cuyo complemento de destino es del nivel 24, y posteriormente prestó servicios como funcionario interino al servicio de la Diputación Provincial de Málaga ocupando el puesto de Director en el Centro Provincial de Drogodependencia, en un período comprendido entre 15 de septiembre de 1999 y el 16 de septiembre de 2011 (12 años), siendo el complemento de destino asignado a este puesto el nivel 26.

El 7 de diciembre de 2011 el interesado presentó solicitud de reconocimiento de consolidación de nivel de complemento de destino 26 con efectos 16 de septiembre de 2011.

En Decreto de fecha 15 de octubre de 2012 se desestimó la anterior solicitud razonando la Diputación provincial demandada que la posibilidad de consolidar el grado personal por antigüedad en el desempeño de un puesto de trabajo venía reservada a los funcionarios de carrera.

Con fecha 30 de octubre de 2012 accede a la condición de funcionario de carrera y pasa a desempeñar la plaza de médico en el citado Centro Provincial de Drogodependencia, con nivel 24 a efectos de complemento de destino.

Concluye nuestro Tribunal Supremo a la luz de la doctrina europea invocada y en respuesta a la cuestión planteada en el Auto de Admisión lo siguiente:

“El artículo 70.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 364/1995 , que establece el modo de adquisición del grado personal, resulta de aplicación no sólo a los funcionarios de carrera, sino también a los funcionarios interinos, y ello a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.”

Estas cuestiones y este cambio de criterio del TJUE, nos dan idea del profundo debate en que en materia de función pública estamos sumidos en la actualidad, que tiene un trasfondo que es la **profunda confusión que genera la diferencia entre un empleado público funcionario (de carrera e interino) y empleado público laboral e incluso entre las diferentes categorías de éstos últimos, (temporales o indefinidos e indefinidos-no fijos)**, y la disquisición entre los diferentes regímenes y normativa aplicable, así como la jurisdicción competente a cada uno de ellos.

2.- MEDIDAS DISUASORIAS PARA REDUCIR LA TEMPORALIDAD: Responsabilidad de quien fomente la irregularidad en la contratación laboral de las Administraciones Públicas.

Como ya referí en mi artículo *“Tiempos de cambio para los empleados públicos”* (El Consultor, Wolters Kluwer-Agosto de 2018) y abundando en la idea allí señalada, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018 todavía vigente, trata de revertir dicha situación, de temporalidad en las Administraciones Públicas, continuando en la línea de la anterior Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, estableciendo clara y contundentemente la responsabilidad administrativa de quien fomente una actuación irregular en este sentido.

Declara la Ley, en su Disposición Adicional Cuadragésima Tercera que: *“Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas (...) serán responsables del cumplimiento de la citada normativa (laboral) y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad que dé lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo los órganos de personal 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 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 Administración Pública.”

Debe puntualizarse que, sobre el artículo idéntico redactado en la Ley de Presupuestos del ejercicio económico anterior (Ley 3/2017) correspondiente al año 2017,

fue interpuesto recurso de inconstitucionalidad en impugnación de, entre otros artículos, el apartado segundo de la disposición trigésima cuarta, recurso estimado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 2018 (RC 122/2018).

Dicho recurso fue parcialmente estimado, por suponer un apartado de dicho artículo, un “*exceso sobre los límites a los que está sometido la Ley de Presupuestos Generales del Estado*” de tal manera el Tribunal Constitucional refiere que se diluyen, hasta hacerlos inoperantes, los límites materiales de las normas presupuestarias.

Por tal motivo, declara nula la previsión «*ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva*». Ello a “*sensu contrario*” implica, lo opuesto de lo que se pretendía con la norma, esto es que a partir de entonces **sí sea lícito declarar en vía administrativa la condición de indefinido no fijo al personal de empresas** que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva.

Habrà que examinar finalmente, **si la Ley de Presupuestos de 2018, cuya disposición Cuadragésima Tercera contiene exactamente la misma limitación va a verse igualmente afectada por una Sentencia del Tribunal Constitucional en este sentido**. Falta sin embargo por aclarar, quién y cómo se exigiría dicha responsabilidad si sería disciplinaria, o por vía de responsabilidad patrimonial (por los daños causados al erario público); **será el tiempo, el que aclare si esta disposición se consolida en la práctica o supone en una mera declaración de intenciones del legislador**.

La Ley de Presupuestos para 2018, ante el escaso éxito de su precedente la Ley de Presupuestos para 2017, reitera nuevamente la necesidad de incluir en la oferta de empleo público las plazas ocupadas por el personal indefinido no fijo en las respectivas plantillas públicas, afirmación contenida ahora en el artículo 19.3.7 algo que hasta el momento, y con carácter general no se ha cumplido.

El objetivo de reducción de la temporalidad en la Administración que acomete la nueva Ley de Presupuestos 6/2018 se plasma en una tasa adicional y obligatoria, contemplada en el artículo 19.3.8 denominada tasa adicional de estabilización de empleo temporal que incluirá: “*(...) las plazas de naturaleza estructural que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2017 en los siguientes sectores y colectivos: (Entre otros) el personal de administración y servicios generales (...)*”.

A mayor abundamiento, para evitar tentaciones de convocatorias multitudinarias que colisionen contra los principios constitucionales del acceso al empleo público, se proclama expresamente que: “La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso garantizará el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”.

Por tanto es evidente que existirá obligación de convocar dichas plazas estructurales, en tanto tiene la consideración por mandato legal de tasa adicional y obligatoria, cabe pensar en qué plazo? Lógicamente, a la luz de las últimas sentencias de nuestros Tribunales de Justicia ³¹que interpreta la doctrina europea sentada en la reciente Sentencia Montero Mateos del TJUE, dicha convocatoria no podría superar el plazo para ejecución de la oferta de empleo público (3 años).

Evidentemente, con ello no se va a garantizar que todo el personal vinculado temporalmente con la Administración tenga asegurada la permanencia en la misma, pero sí que los que superen dichos procesos, obtengan la merecida estabilidad en su puesto de trabajo conseguido de acuerdo con los mencionados principios.

Esas convocatorias muchas de las cuales, según se aprecia en los Boletines Oficiales ya están en marcha, **son necesarias para la reposición de las plantillas públicas dotándolas de personal** que, en el caso de las entidades locales, no va a someterse a las limitaciones del art. 92.3 de la LBRL (esto esos empleados públicos funcionarios sí van a poder ejercer funciones públicas o de autoridad, y otras muchas de las funciones vedadas al personal laboral temporal), optando además así por una Administración más profesionalizada, guiada por los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Además para evitar que las contrataciones de servicios puedan suponer una incorporación de personal por cesión ilegal, sería recomendable adaptarse a lo dispuesto en la Instrucción General para todo el Sector Público Estatal de fecha 28 de Diciembre de 2012 *“Instrucciones para evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores de la Subsecretaría de Estado de Administraciones Públicas”* (suscrita por la Federación Española de Municipios y Provincias)³², en la cual se establecían una serie de

³¹ Sentencia de 11 de Junio de 2018 del TSJ de Castilla y León (STCL 01069/2018 con nº de recurso 833/2018).

³² dictada en cumplimiento de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-Ley 20/2012 de 12 de Julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad.

recomendaciones para evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal tanto al objeto de incluirlas como cláusulas en los Pliegos de la Contratación así como para el tratamiento diario de dichos contratos de servicios, en relación con el personal de la empresa contratista; Abstenerse por parte de la Administración de dictar órdenes directas a dicho personal, imponerles un régimen horario, uniformidad de la empresa (...), Sobra decir que si las Administraciones Públicas hubiesen acatado esta Instrucción, se hubiesen evitado muchos supuestos de cesión ilegal en los que han incurrido las Administraciones Públicas, en los últimos tiempos.

Con el objetivo de reducción de la temporalidad en la Administración recomendado por la UE, y en el marco de los acuerdos firmados con los sindicatos el Consejo de Ministros ha publicado, el Real Decreto 19/2019, de 25 de enero 2019 por el que se aprueba la oferta de empleo público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado, correspondiente a los Presupuestos Generales del Estado para 2018, con una gran convocatoria de plazas para la Administración General del Estado, tendiendo a la finalidad última de conseguir la estabilización del empleo temporal. El objetivo dice en su exposición de motivos es llegar a una temporalidad inferior al 8% en el conjunto de las Administraciones Públicas, veremos si se consolida y se logra el resultado pretendido.

3.- EL CAMINO HACIA LA NUEVA FUNCIÓN PÚBLICA.

Por último, examinado el contexto jurídico que he puesto de manifiesto, hemos de responder a las preguntas con las que inicié mi discurso ¿Cómo será el nuevo empleado público que se está gestando? ¿Mantendrá el vínculo funcional? ¿O por el contrario tendrá vinculación laboral? ¿Resultará finalmente una mezcla de ambos de regímenes?

Puedo aventurarme a señalar que el nuevo empleado público tenderá a una unificación de regímenes jurídicos, laboral y funcionario, así como a una paralela equiparación absoluta de sus derechos y obligaciones. Las tensiones entre el régimen estatutario de los funcionarios públicos garantizado por el art. 103.3, y el régimen laboral, deberían resolverse, a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en una de las últimas Sentencias de 26 de Septiembre de 2018³³, **moderando la aplicación del derecho laboral en el ámbito administrativo**, al concluirse de aquéllas la imposible

³³ Sentencias del TS, Sala C.A., números 1425/2018, Recurso 785/207 y 1426/2016 de 26 de septiembre. Recurso 1305/2017.

aplicación automática de figuras importadas del derecho laboral (como el concepto de “indefinido no fijo”) al ámbito de la función pública, reconduciendo nuevamente la cuestión, al régimen tradicional estatutario de los empleados públicos.

Ello lleva a concluir que, siguiendo esa doctrina, no se debería tender hacia una laboralización del empleo público, sino precisamente lo contrario, **hacia la creación de una única figura de un servidor público vinculada al derecho administrativo** (como se le ha pedido reiteradamente al Gobierno español desde las instituciones europeas). Ello implicaría de facto, la funcionarización progresiva del personal laboral fijo, y la convocatoria del resto de las plazas ocupadas por personal temporal, para su cobertura por funcionarios de carrera, seleccionados de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso público.

Igualmente, con esa convocatoria de los puestos temporales y del personal indefinido no fijo, que se incentiva por la Ley de Presupuestos vigente, se reducirá el personal temporal de la Administración Pública o al menos ese es el objetivo, no obstante lo cual, ese personal temporal, sea laboral o funcionario interino disfrutará hasta la convocatoria de sus plazas, **de idénticos derechos y obligaciones** que los funcionarios de carrera, en aplicación de la doctrina sentada por el TJUE y de los tribunales nacionales, de conformidad con el Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada y la Directiva 1999/70 CE .

El nuevo marco de la función pública deberá abordar definitivamente el desarrollo de la **carrera profesional en el ámbito de la función pública local**, del cual la mayoría de los funcionarios locales carecemos, al menos los que pertenecemos a las Administraciones Locales ubicadas en el ámbito territorial del Principado de Asturias (con contadas excepciones) y, en clara desventaja con los funcionarios de la Administración Autonómica. Esto es así, porque el legislador en el EBEP, nos ha dejado, como en tantas otras cosas, al albur de lo que desarrollasen las leyes de función pública autonómicas, optando unas (como suele ser lo habitual en estas cuestiones) en reconocerla y desarrollarla, y otras no.

Partiendo de la equiparación de derechos es evidente, que una de las tareas a afrontar es precisamente, esa, lograr que **todos los funcionarios, con independencia de la Administración para la que prestan servicios, tengan la posibilidad de progresión profesional** mediante el sistema de **carrera profesional** que reconoce el Texto

Refundido del EBEP 5/2015 en sus artículos 16 y 17, pero que, como tantas otras cuestiones de la citada norma, no ha tenido un ulterior desarrollo normativo, lo que ha implicado de facto la ausencia absoluta de uniformidad en su aplicación.

Resulta además evidente, pese a no haber sido abordado en este trabajo, que el nuevo empleado público **tendrá que incrementar su competencia en tareas digitales**, ante la revolución tecnológica en las Administraciones Públicas, que ya es una realidad, derivada de la aplicación de lo dispuesto en las Leyes 39 y 40/2015 de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común.

Me atrevo además a señalar que el nuevo empleado público, se identificará además, con una **carrera multidisciplinar**. Alejado del concepto de funcionario tradicional en el cual éste se forma en una disciplina administrativa y la desarrolla durante toda su vida profesional, el nuevo empleado público no estará encasillado, sino que rotará por diferentes funciones o departamentos durante su vida profesional, con fin de adquirir el mejor nivel de formación posible, de manera que, no sólo le permitirá tener un conocimiento generalizado de la Administración para la que presta servicios, sino que **a larga además mejorará sus posibilidades de promoción profesional**, al poder optar a puestos que hasta ahora le estaban vetados por no disponer de la experiencia necesaria para su desempeño.

La profesionalización de la Administración Pública se incrementará además, porque **los sistemas de acceso a la función pública habrán cambiado**, adaptándose a los nuevos tiempos de la Administración, olvidando las pruebas de acceso mayoritariamente memorísticas, sin apenas contenido práctico, y desligadas de las necesidades del puesto al que se opta.

Otro de los nuevos retos de la función pública es el **“teletrabajo”**. El “teletrabajo” y sus beneficios tiene todas las bendiciones de la Unión Europea, siendo aplicado en las instituciones europeas desde hace años. Ventajas como **la reducción de costes y la mejora de la productividad** derivada de la gestión por objetivos y la conciliación familiar (...), son algunos de los retos a los que debe tender la nueva función pública.

4.- CONCLUSIÓN:

Si esto es así, si las Administraciones hacen los deberes y acometen las tareas previstas y anteriormente expuestas, debería lograrse el objetivo, no sólo de reducción

efectiva de la temporalidad en la Administración, sino también de unificación de los distintos regímenes jurídicos existentes, encaminándonos hacia una nueva concepción de la función pública, lo que se logrará mediante la adopción de las siguientes medidas:

1° **Proceder a la convocatoria de las plazas ocupadas por personal laboral temporal, en todas las administraciones** mediante procesos selectivos guiados por los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, en el que la mayoría de los puestos ofertados, sean en régimen de funcionario de carrera.

2° **Convocar las plazas ocupadas por personal interino que,** por su naturaleza puedan ser traídas a la Oferta de Empleo Público.

3° **Acometer la funcionarización del personal laboral fijo,** en la medida y en el sentido que se acuerde vía negociación colectiva.

4° Afrontar **medidas de reforma específica de determinados ámbitos de la función pública,** reconociendo y **desarrollando la carrera profesional** para todos los funcionarios, independientemente de la Administración en la que presten sus servicios, acometiendo la modernización de las pruebas de acceso, instaurando nuevos métodos para incentivar el rendimiento laboral y, en definitiva optando por fórmulas y procedimientos de trabajo que han resultado exitosos en las instituciones europeas destinadas a incrementar la productividad de los empleados públicos.

Todo ello no sólo contribuirá a la reducción de la temporalidad, consolidación del empleo público y tenderá hacia la definitiva unificación de regímenes jurídicos **haciendo posible la existencia de un único empleado público, funcionario de la Administración,** lo que indudablemente deberá consolidarse con el tiempo, afrontando con rigor y detalle la reforma o, por qué no, **la sustitución del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público** (Real Decreto Legislativo 5/2015) que, dada la situación actual, **ha demostrado sus limitaciones a la hora de ser el instrumento normativo regulador básico de los empleados públicos,** claramente superado por la **realidad,** que nos muestra día a día, la confusa situación del personal de las Administraciones Públicas.

Oviedo a trece de febrero de 2019.

Lourdes Morate Martín

Letrada Consistorial del Ayuntamiento de Oviedo.