

Excelentísimo Señor Presidente de la Real Academia Asturiana de
Jurisprudencia

Excelentísimos e Ilustrísimos Señores Académicos.

Señoras y Señores.

Es para mí un auténtico honor contestar el discurso de ingreso en esta Corporación de Don Luis de la Vallina y Martínez de la Vega en esta sesión extraordinaria de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Creo que la Academia debe complacerse por la incorporación del nuevo académico de número por muy distintas razones que expondré a continuación.

En todo caso, y en primer lugar quiero y debo transmitir mi más sincera y sentida felicitación al nuevo académico que lógicamente debo hacer extensiva a la Junta de Académicos por haber sabido elegir a la persona adecuada. Considero que el acierto puede y debe calificarse de pleno.

Sin duda también que deben de ser partícipes de esta enhorabuena su familia, especialmente su mujer y sus hijos, y por supuesto sus muchos amigos, muchos de ellos aquí presentes.

La satisfacción por esta nueva incorporación es para quien les habla doble. En primer lugar porque contestaré el discurso de ingreso de Don Luis, una persona a la que me une desde hace muchos años una estrecha relación profesional. En segundo lugar, porque también es la primera vez que se me brinda la oportunidad de poder participar en un acto tan solemne y de tanta importancia como este, representando a esta Real Academia en el agradecimiento y contestación al discurso de un nuevo académico de número que se incorpora.

Como adelanté, en la persona de Luis de la Vallina concurren méritos más que suficientes para ser merecedor de alcanzar la condición de académico de número de esta ilustre Corporación. Voy simplemente a intentar esbozar algunos de ellos, en la certeza de que la opción de pretender relacionarlos todos, me llevaría al error cierto de no ser lo suficientemente exhaustivo. El nuevo académico pertenece al prestigiosísimo cuerpo de Abogados del Estado desde hace casi 25 años, habiendo prestado con general reconocimiento sus servicios en distintos destinos dentro del servicio jurídico del Estado. Ciertamente su reconocida asturiana le ha retenido en esta tierra durante la mayor parte de ese tiempo. También ha sido Viceconsejero de Sector Público del Gobierno del Principado de

Asturias. Ha participado como ponente en numerosos foros jurídicos de prestigio regional y nacional. También prestado servicios en la administración exterior del Estado habiendo sido Consejero de empleo en la Embajada española en Suiza. Ha sido secretario del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Asturias desde 1998 a 2011. Consejero de la Autoridad Portuaria de Avilés y de la Sociedad de estiba y desestiba de Avilés. También fue de Vocal de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa desde 1998 a 2002.

Entre su obra escrita cabe destacar su aportación a los comentarios a la Ley de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias, que tuve el honor de coordinar.

Pertenece además a una ilustre familia asturiana de juristas. Su padre, como es sobradamente conocido, fue catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Oviedo y su tío profesor titular de esta misma disciplina en la misma Universidad. También su hermano, aquí presente es magistrado en Gijón.

Conozco a Luis desde hace muchos años. Coincidí con él cuando preparaba sus oposiciones para el ingreso en el cuerpo

Abogados del Estado mientras yo lo hacía para obtener la condición de magistrado especialista del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y nuestro común preparador, el abogado del Estado Ricardo Huesca Boadilla, que fue jefe del servicio jurídico del Estado en Asturias y ahora destinado en el servicio jurídico del Estado ante el Tribunal Supremo, me puso en contacto con el hoy nuevo académico para completar algunos de los temas del temario de mi oposición, especialmente de derecho tributario y de la parte especial de derecho administrativo. El, como siempre, no solo me proporcionó algunos de esos temas, si no que me ofreció toda clase de facilidades y ayuda en mi aventura de trabajar y además estudiar. Ciertamente nos consolábamos mutuamente en aquellos duros momentos para cualquier opositor. Mas tarde coincidiríamos en los tribunales, tanto en los Juzgados de lo contencioso-administrativo de Oviedo como posteriormente y sobre todo en la Sala de ese mismo orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Esa relación profesional se fue tornando en mi caso en admiración por el buen hacer de este Abogado en la defensa de los intereses del Estado. Yo en la función de juez y él en la suya de defender y representar los intereses del Estado, siempre nos colocaron en el lugar adecuado, dándonos la ocasión de trabajar con lealtad y buena

fe procesal en cuantas vicisitudes profesionales hubimos de compartir.

Como ya dije, su padre y su tío fueron profesores de derecho administrativo de la Universidad Oviedo y precisamente fue de ellos de los que recibí mis primeras clases derecho administrativo en la licenciatura que cursé en esa Universidad. Aquellas clases dejaron una profunda huella en mí, y desde luego que hicieron que me apasionara el derecho administrativo a lo que siguió un entusiasmo por esa disciplina que sin duda marcó mi futuro profesional. Quiero reiterar en este discurso mi agradecimiento por aquellas enriquecedoras mañanas en la vieja Facultad de Derecho de la calle San Francisco, agradecimiento que tuve ocasión de hacerles a llegar a ellos personalmente cuando ya era magistrado de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Si todo lo anteriormente dicho del nuevo académico es un hecho cierto, no cabe duda que existe un elemento que lo atestigua indubitadamente. Me refiero la excelente intervención que hemos tenido la oportunidad de escuchar.

El brillante discurso del nuevo académico ha desgranado con acertados y ponderados razonamientos jurídicos las entrañas de una de las instituciones más conflictivas y litigiosas del derecho de la función pública español. Ciertamente los problemas que genera la provisión de puestos de trabajo en el empleo público, y más en concreto en la función pública, han ocupado cientos de páginas de nuestra doctrina administrativista y también de resoluciones de los órganos judiciales que conocen de este tipo de litigios. La necesidad de situar adecuadamente el sistema de provisión de puestos de trabajo mediante la libre designación a aquellos supuestos en los que se justifique y motive las necesidades de optar por el mismo frente al sistema ordinario de provisión que es el concurso, ha sido una de las piezas angulares de esta cuestión que, lejos de ser una mera especulación intelectual, tiene y plantea intensas implicaciones de orden práctico en la actividad diaria de las Administraciones Públicas.

La libre designación, y en general la provisión de puestos de trabajo en el ámbito de las administraciones públicas donde la igualdad, el mérito, la capacidad y la libre concurrencia son pilares básicos de esa actuación administrativa de selección de su personal, plantea y genera nuevos problemas jurídicos que exigen también nuevas demandas de solución desde una perspectiva estrictamente

jurídica. La articulación del sistema de libre designación con el libre cese de quienes ocupan esos puestos de trabajo a través de mecanismos de provisión libre también presenta contornos y aristas propias que son tratados y abordados en el discurso del nuevo académico de forma decidida y convincente.

Nuestro derecho de la función pública ha sufrido en los últimos tiempos distintos avatares, algunos de ellos provocados por la situación cierta y real del empleo público en España y en otro caso, a mi juicio, por los intentos de alterar y desnaturalizar el sistema clásico de función pública propio de un modelo de derecho administrativo y especialmente de función pública donde la separación de poderes, la profesionalización de los funcionarios y la inamovilidad de los mismos han inspirado los textos legales desde antiguo. En el derecho positivo español no cabe duda que la Constitución aboga por este sistema y el propio Tribunal Constitucional en su doctrina jurisprudencial lo ha sancionado como el modelo que encierra nuestra carta Magna. Así la conocida sentencia 99/1987, de 11 de junio, ha recalcado que nuestro modelo de personal se basa en la función pública, de forma tal que no puede la Administración optar por atribuir el ejercicio de funciones públicas a personal no funcionario, lo que sin duda establece a las claras el

artículo 9 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público cuando señala que en todo caso, 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 del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca. La Constitución confiesa claramente que los funcionarios públicos en España están sometidos a un estatuto necesariamente contenido en una ley que no es un privilegio de los funcionarios sino una garantía de los ciudadanos y del propio Estado. La referida sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 ha concretado esta reserva de ley señalando que es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de

puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración. Esta normación, en virtud de la reserva constitucional a la que se viene haciendo referencia, habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que, de conformidad con lo antes observado, sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos así incluidos en el Estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda.

La reciente sentencia de este mismo Tribunal Constitucional 106/2019 de 19 de septiembre de este mismo año ha reiterado que el ejercicio de potestades públicas queda reservada a los funcionarios públicos, excluyendo al resto de los empleados públicos.

El estatuto básico del empleado público, ley básica que desarrolla la Constitución y las competencias estatales en materia de empleo público ex artículo 149.1.18, regula las distintas modalidades de empleo, centrándose fundamentalmente, y como no podía ser de otra manera de los empleados con estatuto de funcionarios públicos en el que cabe destacar la inamovilidad que les caracteriza. El acceso a la función pública y las garantías de que el mismo se desarrolle conforme a los principios de igualdad, mérito capacidad, libre concurrencia y publicidad, hacen que solo los perfiles de quienes han contrastado en condiciones de igualdad ese mérito y la capacidad puedan ostentar la condición de funcionarios públicos a los que el propio estatuto básico del empleado público reserva el ejercicio de funciones públicas. En consecuencia es una garantía del ciudadano saber que la gestión de los intereses públicos se reserva aquellos funcionarios que no solo han contrastado su capacidad y su mérito, sino también que no podrán ser removidos de sus puestos de trabajo por causas distintas a las previstas en la ley. La libre

designación como sistema de provisión de puestos de trabajo y el cese de quienes ocupan esos puestos deben de ser la excepción a la regla general de provisión por concurso. Como ha destacado el discurso que acabamos de escuchar, es reiterada la idea de que son exigibles especiales exigencias y requisitos de motivación cuando se trata de justificar porqué se nombra a un determinado funcionario para un determinado puesto, lo que también acontece en el supuesto del cese, cuándo es así que en este tipo de provisión, las causas del cese se regulan de forma menos exhaustiva en la ley. Sin duda la ultimísima doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo camina en esta dirección y así en cuanto la motivación del nombramiento citaremos la sentencia de 8 de octubre de este mismo año, RC 47392017 y en relación al cese la de 19 de septiembre también de este mismo año, RC 2740/2017.

No son pocos los autores de la doctrina científica que se han referido a la denominada crisis de nuestro sistema de función pública, que no viene solo de la mano de un fenómeno claro de huida de las Administraciones Públicas del derecho administrativo y del control que éste con lleva, así como de las garantías que de ello se derivan hacia los administrados. Efectivamente, nuestro sistema de función

pública vive una realidad en la que junto a la laboralización de muchos puestos de trabajo en los que indirectamente se ejercen potestades públicas, también la posición de los funcionarios de carrera presenta síntomas de crisis. Ciertamente es preocupante el exceso de temporalidad en la función pública y ello en tanto en cuanto la figura del funcionario interino se ha desdibujado para llevarla mucho más allá de los límites y de las previsiones del artículo 10 del EBEP que limita los presupuestos de su existencia de manera bastante proporcionada. Además la última doctrina jurisprudencial del TJUE ha abundado más en la equiparación entre los funcionarios de carácter temporal y los funcionarios de carrera seguramente de manera justa, atendidas las circunstancias concurrentes. La equiparación entre los derechos del personal funcional de carrera y el personal funcional interino desincentiva de manera clara y evidente la existencia de cuerpos y puestos de trabajo servidos por funcionarios de carrera con las connotaciones que ello conlleva. No se trata de criticar el hecho cierto del abuso que muchas ocasiones han realizado las administraciones públicas de la figura del funcionario interino, situación en la que el personal interino no está en otra posición distinta de la de perjudicado, que debe ver reparada la situación de fraude que padece. Sin embargo ello no debe desviarnos de la realidad que se esconde detrás de esa situación y

la necesidad de recuperar un sistema funcional fuerte y sólido. El control de la legalidad de la actuación de las administraciones públicas en materia funcional, la reserva del ejercicio de funciones públicas a funcionarios, la necesidad también de que la figura del personal de carrera recobre un vigor perdido en muchas ocasiones y otras medidas se presentan como retos de futuro en los que seguir trabajando.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 2018, RC 1305/2017, entre otras muchas, se ocupa de esta cuestión a la luz del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a 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, y de la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta.

Efectivamente la constatación de la existencia de un contrato laboral o administrativo fraudulento entre una Administración Pública y un empleado público, en la medida en la que la temporalidad en la que fue celebrado no fuera un hecho cierto, ya que encubría la satisfacción de necesidades duraderas en el tiempo, no puede

saldarse, como acontece en el régimen laboral de los trabajadores, con su declaración como fraudulento y su conversión en un contrato fijo, artículo 15.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuando prevé que se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley. Es cierto que en el ámbito del derecho laboral la doctrina jurisprudencial de Tribunal Supremo a raíz de su Sentencia de 20 de enero de 1998 ha acuñado el concepto de relación de empleo "indefinida no fija" cuya constitucionalidad parece que quedó despejada por el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 124/2009, de 28 de abril. El Tribunal Supremo, en torno al carácter fraudulento de la relación, primero laboral y más tarde como funcionario interino que mantenía el recurrente en la instancia con el Ayuntamiento demandado en el caso resuelto por esa sentencia, concluye que no existían razones objetivas que justificaran el prolongado mantenimiento en el tiempo de esa relación de carácter temporal con el recurrente en la instancia.

Desde luego, como y aventuramos mas atrás, la compensación que en términos jurídicos debe obtener aquel funcionario interino que fue contratado de manera fraudulenta con un contrato que no

respondía las necesidades de carácter provisional, sino permanente y estable no es la conversión de su condición de funcionario interino en funcionario de carrera, ni tampoco la de una suerte de “funcionario de carrera interino fijo”. La sentencia llega a otra conclusión sosteniendo que debe subsistir y continuar esa relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución produjo el cese indebido, hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, es decir, que desaparezca la causa legalmente prevista que justificó su nombramiento como funcionario interino, ya que la ley establece unas causas tasadas para que se produzca ese nombramiento. Y es que justo aquí es donde radica todo el problema. Los nombramientos de funcionarios interinos no responden en un gran número de ocasiones a esos limitados motivos o causas previstas en la ley.

Pero merece la pena que nos detengamos en las razones que el Tribunal Supremo esgrime para entender que las consecuencias de la contratación fraudulenta sean las más atrás adelantadas y que derivan del efecto directo y de primacía del Acuerdo marco y de la

jurisprudencia del TJUE. De entrada y aunque por razones procesales no acoge este motivo como pilar de su decisión, defiende la existencia de un abuso de derecho en los términos que recoge el artículo 7.2 del Código Civil, y a su juicio esto podría fundamentar la previsión de una indemnización y la adopción de aquellas medidas tendentes a poner fin a la situación de abuso y a su persistencia. Además recuerda que ni el Derecho de la Unión ni la doctrina jurisprudencial del TJUE prevén la existencia de medidas o sanciones concretas y específicas para poner fin a los eventuales abusos que nos ocupan, y mucho menos impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. Es más, nada impediría que ante este tipo de situaciones, cada Estado Miembro adoptara soluciones o medidas diferentes, todas ellas pretendiendo el mismo objetivo. Sin embargo sí que afirma que aunque el derecho interno, cual es el caso de nuestro país, impida transformar, en los supuestos en los que la empleadora sea una Administración Pública, la relación temporal en definitiva, aquel debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

De lo anterior, y como habíamos adelantado de manera condensada las consecuencias de estas contrataciones abusivas y fraudulentas pasan por la adopción de varias medidas. En primer lugar no cabe tener por extinguida una relación contractual que se celebró de la manera expuesta, para responder a unas tareas de carácter temporal que escondían necesidades de carácter permanente y duradero. En segundo lugar la relación de empleo subsiste y debe continuar, con los derechos profesionales y económicos que le son propios. Y en relación a esta cuestión es interesante el razonamiento de la sentencia que considera esta medida no solo como proporcionada, sino como la única lo bastante disuasoria como para garantizar la plena eficacia de la medida ya que una consecuencia que consistiera sólo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no lograría de igual manera ese objetivo por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización. En tercer lugar aunque descarta la indemnización, señala que ésta dependerá de las singularidades de cada caso, y recordando que la misma debería acordarse también en el seno del mismo procedimiento judicial, y siempre y cuando sea solicitado por el interesado, se invoque el concepto de su causación y la realidad de los daños y perjuicios causados, así como el

“quantum” del mismo o las bases para su fijación en la fase de ejecución de sentencia.

Sin embargo nos parece especialmente importante la media que señala la sentencia en orden a reparar en su caso el déficit de plantilla, porque esta es, como hemos dicho la causa principal de todo este embrollo.

En efecto, si el problema radica en que la contratación fue fraudulenta porque se realizó so pretexto de que se daban necesidades de carácter temporal y por tanto contingentes que precisaban aquel tipo de contratación, y que en el concreto ámbito del personal funcional interino se prevén por el legislador con carácter tasado y previo, pero al final resulta que responden a necesidades de carácter permanente y duradero, habrá que decirle a la Administración que ponga fin a esa situación y evalúe que necesidades de personal tiene y como debe afrontarlas de acuerdo con la ley. De ahí que la sentencia acuerde que, “dadas las funciones permanentes y estables, no temporales o provisionales, que realmente desempeñaba el recurrente, debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a ellas en concreto, si procede o no el incremento de la plantilla municipal, con las consecuencias ligadas a

la decisión que se adopte, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuáles, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente deban prestar tales funciones”.

En definitiva, es necesario que se asegure que la actividad de las Administraciones Públicas en materia de personal, acceso, provisión de puestos de trabajo, etc. responda al principio básico de satisfacción efectiva del interés general respetando los principios del derecho administrativo y más en concreto del derecho de la función pública. Esto exige, como muy acertadamente señala el discurso que acabamos de escuchar, que se redoblen los esfuerzos por motivar las razones por la que las decisiones administrativas responden a la necesidad de alcanzar aquel objetivo. Como diría Javier Delgado Barrio los hechos determinantes deben de justificar la decisión.

Voy acabando, pero antes de ello y con independencia de todo lo dicho, creo que es absolutamente necesario destacar como toda la función pública y cuantos la componen, tienen un compromiso

cierto con el Estado de derecho y la salvaguarda de los derechos de todos los ciudadanos, compromiso y lealtad con el ordenamiento constitucional, que en los tiempos actuales se ha hecho patente en los acontecimientos que están en la retina de todos. Los funcionarios públicos de todos los ámbitos de la acción sectorial administrativa, una vez más, han dado ejemplo de su compromiso con el orden constitucional y cumplen con decisión absoluta su obligación de ejercer sus funciones públicas como un instrumento de garantía de la convivencia y el ejercicio legítimo de los derechos de todos, tal y como les exige el artículo 52 del EBEP, norma aplicable de manera absoluta y plena a los funcionarios de todas las Administraciones Públicas. Los funcionarios públicos ejercen un poder público, un poder jurídico como señala el artículo 9 de la Constitución, y como tal poder jurídico protegen y tutelan los derechos y las libertades de todos los ciudadanos.

Como que acabamos de escuchar al nuevo académico, al que quiero volver a felicitar, es necesario que el sistema de provisión a través de la libre designación ocupe un lugar adecuado y proporcionado el sistema general de provisión a lo que se ve añadir la necesidad también de que las vicisitudes del personal así designados incluso el cese caminen por la senda de la objetividad y

de la razonabilidad. Es preciso reiterar que las aportaciones del nuevo académico son razonadas y razonables y constituyen un acicate para cuanto nos encontramos, como profesionales del derecho con estas cuestiones jurídica, pero sin duda también para todos los ciudadanos que ven como los poderes públicos, que son encarnados por personas, tutelan el interés general.

Todo apunta con seguridad a que el acierto de la incorporación del nuevo académico redundará en la actividad de esta Corporación que es, fundamentalmente, un foro de análisis, estudio y reflexión sobre problemas jurídicos y sobre su incidencia en la realidad social.

Excelentísimo Sr. Presidente, Sras. y Sres., muchas gracias por su atención y de nuevo mi felicitación a Don Luis de la Vallina.