



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



Grado en: Relaciones Laborales

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2015/2016

Convocatoria: septiembre

[La Laborización de la Administración, actuación en Fraude de Ley]

[The increase employment contracts in the Administration. Act in fraud of law]

Realizado por el alumno/a D^a Cathaysa Rodriguez Barroso

Tutorizado por el Profesor/a D^a Claudia Hernández López

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: **ÁREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

ABSTRACT

The purpose of this work is to delve into the actions carried out by the Administration, when it maintains relations private and particularly when acting as employer, improper relationship, because the binding relationship with their workers, as a rule, is to statutory nature. Under what constitutional principles acts and whether they are respected or not. Applicable to the various cases legislation and that the whole performance of it and identify the rights that damages should incur fraud law regulates. See what assumptions the administration uses this type of personnel as is done, violations incurred by the legal order when performing this type of contract; comprehensive study and jurisprudence and the doctrine established by the Supreme Court to regulate this process, which is far from jurisprudential lines to reach the current prevailing doctrine.

RESUMEN

El propósito de este trabajo es ahondar dentro de las actuaciones que realiza la Administración cuando ésta mantiene relaciones de carácter privado, y concretamente cuando actúa como empleador, relación impropia, ya que la relación de vinculación con sus trabajadores por regla general, es la de carácter estatutario.

Bajo qué principios Constitucionales actúa y si estos son respetados o no. Legislación aplicable a los distintos casos y por la que se regula toda la actuación de la misma, además de identificar los derechos que lesiona en caso de incurrir en fraude de Ley. Ver en qué supuestos la Administración recurre a este tipo de personal y como lo realiza, las infracciones que incurre al Ordenamiento jurídico cuando realiza este tipo de contrataciones. Estudiar la amplia jurisprudencia así como la Doctrina creada por el Tribunal Supremo para regular este proceso, la cual dista mucho entre líneas jurisprudenciales hasta llegar a la Doctrina imperante actual.

La Laborización de la Administración, actuación en Fraude de Ley

ÍNDICE	Páginas
1. Introducción	5
2. Normativa aplicable	
2.1 Planteamiento	5-6
2.2 Marco Constitucional.....	6-7
2.3 Régimen jurídico.....	7-11
3. Concepto y clases de empleado público	11-14
4. Personal Laboral al servicio de la Administración General del Estado	
4.1. Acceso al empleo público como personal laboral.....	14-17
4.2. La Laborización de la Administración General del Estado.....	17-19
5. Conflictos	
5.1 Fraude a través de la concatenación de contratos laborales	
5.1.1 Planteamiento.....	20-21
5.1.2 Evolución jurisprudencial hasta la STS 1998.....	22-25
5.1.3 Creación de la figura del trabajador indefinido no fijo.....	25-27
5.1.4 Tendencia Actual.....	28
5.2 Fraude a través del Contrato Administrativo	

5.2.1 Planteamiento.....	28-29
5.2.2 Presunción de laboralidad e inclusión dentro del régimen de trabajador indefinido no fijo.....	29-30
6. Conclusiones.....	30-31
7. Bibliografía.....	32-34
8. ANEXO.....	35

1. INTRODUCCIÓN

La Administración, al igual que el resto de organizaciones, está formada por un conjunto de medios materiales y personales orientados a un fin concreto, ya sea prestar un servicio, llevar a cabo actividades de fomento, de limitación o policía, sancionadoras o arbitrales que como cualquier entidad privada queda necesitada de mano de obra con la cual obtener ese fin. Como organización pública, ésta mantiene una relación distinta de la que mantiene cualquier empresario privado con sus trabajadores, ya que su plantilla se nutre a través de empleados públicos.

Son empleados públicos aquellos que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, distinguiéndose entre funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, eventual y directivo.

La regulación del personal vinculado por una relación estatutaria queda claramente regulado en Derecho Administrativo. En cambio el supuesto es más complejo cuando hablamos del personal laboral, ya que este es regulado en parte, por Derecho Administrativo y en parte por Derecho Laboral, es decir, quedan sometidos bajo dos ordenamientos jurídicos no armonizados, ya que uno responde al interés general y el otro protege a la parte más débil de la relación, siendo ésta el propio trabajador.

2. NORMATIVA APLICABLE

2.1. Planteamiento

La Administración al igual que el resto de organizaciones, está formada por un conjunto de medios materiales y personales orientados a un fin concreto, ya sea prestar un servicio, llevar a cabo actividades de fomento, de limitación o policía, sancionadoras o arbitrales. Para ello como cualquier organización privada necesitada de mano de obra, esta ha de recurrir a la contratación de su personal; esta al estar dotada de poder público la contratación no puede ser igual que cuando se trate de un ente privado. La Administración ha de actuar conforme al interés general por lo que los principios a la contratación han de ser distintos en los dos supuestos, en la contratación privada y en la pública. Para ello, somete a su personal a un régimen jurídico específico, presentando

ello la complejidad de poner en juego el interés general y el interés privativo de sus trabajadores.

Respecto al personal estatuario encontramos su regulación clara en el Derecho Público, esto es, en el 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, siendo esta la Ley de bases para este tipo de personal; en cambio, la realidad del personal laboral al servicio de la misma es algo más difusa ya que parte se regula en base a Derecho Público y parte en base a Derecho Privado.

Recordemos que el derecho laboral se regula por un sistema normativo propio, partiendo de las fuentes comunes del ordenamiento español. Así encontramos dentro del ordenamiento las normas emanadas del Estado: Constitución Española de 1978 (ap. CE), ley y reglamento; y las emanadas de la autonomía colectiva: Convenios colectivos, por lo que para este tipo de personal encontraremos normas diversas, provenientes de ambos ordenamientos, el laboral y el administrativo.

2.2. Marco constitucional

La Constitución Española de 1978 (ap. CE) no impone un modelo organizativo para el funcionamiento y organización de la Administración pública, aunque si encontramos en ella unas líneas clave a seguir. Respecto al personal a su servicio encontramos que en el artículo 103.3 de la CE determina una reserva de Ley para los funcionarios públicos, quedando sometidos a la misma y determina que la misma será la que regule el acceso. La especial condición que estos trabajadores tienen al prestar servicios para un poder público determina que los procesos para el acceso serán de acuerdo a los principios de mérito y capacidad, que al respecto, destacamos la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 166/2001 de 16 julio en la que da una interpretación clara al derecho que nos referimos: *“el art. 23.2 CE no confiere derecho alguno a desempeñar funciones determinadas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas con la imposibilidad de establecer requisitos que tengan carácter discriminatorio y otorga un derecho puramente reaccional para impugnar toda norma o aplicación de una norma que quiebre la*

igualdad.”. El mismo artículo contempla las peculiaridades del ejercicio de sindicación; el sistema de incompatibilidades; y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. En este artículo, y en la propia CE nada se dice de los trabajadores vinculados a la Administración mediante contrato laboral, lo que no quiere decir que ello esté vetado, sino que simplemente la CE se postula a favor del régimen funcionarial.

2.3 Régimen jurídico.

Para definir una relación laboral partimos de la premisa del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ap. LET), en el que obtenemos una aproximación del concepto de trabajador por cuenta ajena, presentando la relación entre este y el empresario las características de ajenidad, voluntariedad y remuneración, atendiendo a que el empresario se trata de un ente privado y no público.

Para aclarar esto nos señala que en caso de que el empleador sea la Administración se excluye de manera expresa la aplicación del mismo al personal al servicio de ésta y al personal funcionario, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias, art. 1 apartado 3 del LET¹; por lo que se extrae de manera tácita que lo que no esté regulado por normas administrativas o estatutarias se regulará por el mismo LET. Para determinar de forma más clara que relaciones con la Administración se regulan por derecho privado y que relaciones se regulan por derecho público hemos de acudir a la norma Administrativa.

En el 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 (ap. EBEP) encontramos que, no sólo existe la propia relación estatutaria, sino también en otros regímenes. El concepto y clasificación lo veremos en el apartado siguiente, ya que no podemos pasar por alto el concepto de Administración como empleador.

¹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El Derecho al trabajo conforma un derecho Constitucional y por tanto genera la obligación al Estado de velar por él, además sabemos que la Administración presta distintas actividades y servicios por lo que necesita de personal a su servicio; también sabemos que esta ha de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Esto se traduce en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, así como en sus anteriores publicaciones (ap. LPGE). La LPGE recoge la previsión general del gasto para un año natural por parte de la Administración así como la estimación de los beneficios que obtendrá cada organismo público, la Ley destina su Título III a los gastos de personal y en él recoge el concepto de Sector Público, identificando los entes y organismos que pueden actuar como empleadores en el artículo 19 de la ya citada Ley².

El mencionado título III es dedicado exclusivamente a gastos de personal al servicio del Sector público, en él recoge las limitaciones establecidas para la incorporación de personal de nuevo ingreso, además en él se detalla cómo va a ser distribuido el presupuesto para tal fin. Recoge el salario para cada grupo profesional y cuerpos en los que se presta servicios, y además el incremento máximo al que podrá ser sujeta su

² Véase el artículo 19 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016:

Artículo 19. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público.

Uno. A efectos de lo establecido en el presente Capítulo, constituyen el sector público:

- a. La Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las Universidades de su competencia.*
- b. Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia.*
- c. Las Corporaciones locales y Organismos de ellas dependientes.*
- d. Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.*
- e. Los Órganos constitucionales del Estado.*
- f. Las sociedades mercantiles públicas, entendiéndose por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las Administraciones y entidades enumeradas en este artículo sea superior al 50 por ciento.*
- g. Las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local.*
- h. Las fundaciones del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público.*
- i. El Banco de España en los términos establecidos en la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.*
- j. El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB).*

retribución. Al respecto de los límites establecidos en la incorporación, hemos de hacer mención a la prohibición existente en el artículo 21 de la Ley de Presupuestos Generales para 2013, en la que de manera expresa se prohibía la oferta de empleo público a no ser que aquella resultase de convocatorias publicadas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley; esta prohibición se ve revocada en la actual LPGE. En el mismo título, recoge también la regulación para la Oferta de Empleo Público u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal, en el que amplía la tasa de reposición³ para determinados organismos llegando esta hasta un 100% y en otros casos la fija en un 50%.

Sabiendo el concepto de relación laboral por cuenta ajena e identificando los distintos organismos dotados para ser empleadores por parte de la Administración vamos a definir el concepto, sabiendo que normativa es resultante de aplicación y dilucidar las clases de empleados públicos existentes. El personal al servicio de la Administración está regulado por una pluralidad de normas, así encontramos que el LEBEP se trata de una norma base para el personal al servicio de la Administración en régimen estatutario, que puede ser mejorado por la negociación colectiva, en su caso, con las peculiaridades para los cuerpos de seguridad y fuerzas del estado, y para los Jueces y Magistrados en activo⁴. También encontramos que existen cuerpos con normativa propia específica, entre ellos, el personal funcionario de las Cortes Generales⁵ y asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas (ap. CCAA); el personal de los órganos Constitucionales del Estado y órganos estatutarios de las CCAA; los Jueces, Magistrados, fiscales y demás personal funcionario al Servicio de la Administración de Justicia; el personal militar, el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; etc.⁶

³ Coeficiente obtenido por dividir el número de funcionarios que ingresan en la Administración entre aquellos que salen por jubilación.

⁴ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

⁵ Estatuto del Personal de las Cortes Generales Modificado por acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, reunidas en sesión conjunta, el día 21 de septiembre de 2009. (BOCG, Cortes Generales, Serie B, núm. 77, de 8 de octubre de 2009)

⁶ Art. 4 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

Para el personal laboral el LEBEP es considerado como Ley especial y la norma básica es el LET, así lo establece el artículo 7 del LEBEP, afirmando que lo que no esté regulado convencionalmente ni en el propio estatuto para esta clase de personal quedará regulado por el Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto a las disposiciones reglamentarias, el artículo 3.1 apartado a) del LET recoge la aplicación normativa de las mismas. El LEBEP no dispone de tal contemplación, pero sí que encontramos numerosas remisiones a este instrumento normativo, como por ejemplo en su artículo 13 el cuál otorga la potestad al Gobierno y a los órganos de gobierno de las CCAA de establecer el régimen jurídico para su personal directivo, conforme a lo que el propio LEBEP dicta. En el ámbito del empleo público encontramos distintos reglamentos dictados para este sector, como por ejemplo el Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado⁷. También podemos citar al respecto el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes.

A modo resumen podemos encontrar las normas estrictamente laborales, y las normas administrativas que resultan de aplicación al personal laboral al servicio de la Administración. De carácter estrictamente laboral encontramos el LET; la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; la Ley orgánica de Libertad Sindical; y la Ley 11/1985, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales⁸. En cuanto a las normas

⁷ Este reglamento se dicta en base a la necesidades previstas por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y por la disposición adicional cuarta del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Necesidades de prever una normativa adaptada a las Administraciones públicas que regulasen los derechos de participación y representación, así como la organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas, la definición de funciones y niveles de cualificación del personal que las lleve a cabo, y el establecimiento de adecuados instrumentos de control que sustituyan a las obligaciones en materia de auditorías, contenidas en el citado Reglamento de los Servicios de Prevención, que no eran de aplicación a las Administraciones Públicas. .

⁸ Esta se aplica con indiferencia de la naturaleza de la relación o del régimen aplicable a todo el personal que presta servicios en la Administración.

administrativas podemos clasificarlas en las normas de carácter general y en normas de carácter sectorial. De carácter general encontramos el ya mencionado LEBEP, y en su desarrollo del mismo las transitoriamente aplicables como la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública; las Leyes de la función pública de las CCAA; la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; las que regulan las incompatibilidades; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y de entre las de carácter sectorial destacaríamos la Ley 55/2003, de 16 de diciembre que aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud; el RD 370/2004, de 5 de marzo que aprueba el Estatuto del personal de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A; la Ley Orgánica de Universidades; y la Ley Orgánica de Educación.

En cuanto a las normas de carácter general aplicables a aquellos que presten servicios en la Administración, con independencia de la naturaleza del vínculo o del régimen aplicable encontramos la LPRL; el R/D 1488/1988 que Adapta la legislación de PRLL; y la LPGE⁹

3. CONCEPTO Y CLASES DE EMPLEADO PUBLICO

El concepto de empleado público viene dado por el mismo LEBEP, que así en su artículo 8 los define como aquellos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales. Su clasificación viene dada también en el artículo 8 y la definición de cada uno de los distintos empleados públicos en los artículos 9, 10, 11, 12 y 13. Distinguimos así a los funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, eventual y directivo.

Por funcionarios de carrera entendemos que son aquellos que adquieren la condición de funcionario en virtud de nombramiento legal, quedando vinculados a la Administración por medio de relación estatutaria. Su regulación viene dada por Derecho Administrativo y son nombrados para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente. El ejercicio de las funciones que impliquen

⁹ Una clasificación más detallada es la que realiza PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, Edit. Dykinson 2011 pp. 671 a 674

participación en el ejercicio de las potestades públicas o la salvaguarda de los intereses del Estado y las Administraciones públicas corresponde de manera exclusiva a este tipo de personal. Esta es una visión tradicional ya que se considera que el nombramiento es el requisito que habilita para el ejercicio de la función.¹⁰

Serán funcionarios interinos aquellos que por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tal para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, la selección ha de realizarse mediante procedimientos ágiles y bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad. Las circunstancias por las cuales se recurre a este tipo de personal vienen estrictamente tasadas en el art. 10 del LEBEP¹¹.

Es personal laboral ya sea por tiempo indefinido, fijo o temporal¹², los que quedan vinculados a la Administración mediante contrato de trabajo, en cualquiera de sus modalidades previstas en la legislación laboral¹³, y que presten sus servicios de manera retribuida.

La primera aparición del personal laboral al servicio de la Administración fue en el artículo 7.1 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado¹⁴ ya derogado por el actual LEBEP, en él

¹⁰ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, Edit. Dykinson 2011, p. 143

¹¹ Véase el artículo 10 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:

a) *La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.*

b) *La sustitución transitoria de los titulares.*

c) *La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.*

d) *El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.*

¹² dada la clasificación que realiza el LEBEP

¹³ Los tipos de contratos laborales son de carácter indefinido y eventual, en función de su duración y contratos formativos, de relevo, a tiempo parcial, de trabajo a distancia, contratos en común y contrato de grupo. Sección 4.^a Modalidades del contrato de trabajo del LET., artt. 10 a 13

¹⁴ Véase el Artículo 1 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado:

1. *Son trabajadores al servicio de la Administración civil los contratados por ésta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable.*

de forma expresa determinaba la naturaleza laboral de esta clase de personal y el sometimiento pleno a este tipo de Derecho. Anterior a esto, se distinguía entre subalternos u operarios y funcionarios del Estado, haciendo justificación a este tipo de contratación ya que los subalternos u operarios realizaban trabajos manuales o mecánicos¹⁵. El LEBEP nada dice de las circunstancias por las que se puede recurrir al personal laboral, a excepción de la reserva de puestos de trabajo y cargos exclusivos para el personal estatutario de la que se extrae la limitación para este tipo de personal, por lo que para delimitar los casos hemos de acudir a las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del mismo.

Para encontrar los supuestos en los que es posible la contratación laboral para prestar servicios dentro de la Administración debemos acudir a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, que los recoge en su artículo 15.1 apartado c¹⁶, estableciendo que como regla general el personal que presta servicios ha de ser personal estatutario, quedando la contratación laboral en un segundo plano, restringiendo el caso a que los puestos a los que se accede como tal sean eventuales para desempeñar actividades de carácter periódico y discontinuas, también cuando se traten

¹⁵ Revista del Ministerio de trabajo e inmigración, número 93 p. 14

¹⁶ Véase el artículo 15.1 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública:

Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos.

Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral:

- *los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo;*
- *los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos;*
- *los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores;*
- *los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, y*
- *los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares.*
- *los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo.*

de determinados oficios; también puestos que requieren un alto grado de especialización cuando no puedan cubrirse por cuerpos o escalas existentes para personal funcionario, etc.

El personal eventual necesita de nombramiento, su relación con la Administración no es de carácter permanente y sus funciones son calificadas expresamente de confianza o asesoramiento especial. Y en último lugar será personal directivo, aquel que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones públicas, las cuales vendrán definidas en las normas propias de cada Administración.

4. PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO.

4.1 Acceso al empleo público como personal laboral.

La cobertura de puestos de trabajo no se realiza de igual manera si estamos ante un empresario privado o un ente público¹⁷. Para la provisión de puestos de trabajo por parte de la Administración requiere una serie de procedimientos formales, los cuales han de respetar los principios rectores constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, además de lo establecido en el LEBEP y en el ordenamiento jurídico, lo que dará forma a instrumentos distintos a los utilizados por el sector privado. Para ello ésta se sirve de su potestad de organización del trabajo y del empleo público. La Administración ha de realizar todo el proceso bajo el mandato del artículo 103.1¹⁸ de la CE.

Las Comunidades Autónomas regularán el proceso selectivo por lo que establecen las leyes de la Función Pública Autonómica y en cuanto a la Administración Local serán las propias Corporaciones Locales que siguiendo la legislación emanada del Ministerio de Políticas Territorial y Administraciones Públicas, aprobarán la relación de puestos de trabajo para el personal laboral.

¹⁷ Así realiza la comparación de forma más extensa, VIVERO SERRANO, J.B. En “*El acceso al empleo público en régimen laboral*” p. 86. EDIT: Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

¹⁸ Véase el artículo 103.1 de la Constitución Española de 1978:

La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Los principios rectores contemplados en el LEBEP se encuentran en su artículo 55, correspondiente al título IV de dicha Ley, los cuales completan a los principios de acceso al procedimiento del 103.3 de la CE¹⁹, son el principio de publicidad de las convocatorias y sus bases; el principio de transparencia; el de imparcialidad profesional respecto a los miembros del órgano de selección, de independencia y discrecionalidad técnica en su actuación; el de adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y el principio de agilidad en los procesos sin perjuicio de la objetividad al respecto.

a. Inicio del procedimiento.

El procedimiento formal comienza con la necesaria consignación del presupuesto para tal fin en la LPGE, es decir, para realizar dicha actuación la Administración queda al sometimiento del derecho. Esta ha de actuar de manera eficaz por lo que para la provisión de puestos es necesaria una relación real de puestos de trabajo a cubrir y finaliza con la publicación en el boletín correspondiente, este principio corresponde a los principios rectores que enuncia el LEBEP en cuanto al acceso al empleo público.

Los requisitos generales de acceso, iguales para personal laboral y personal estatutario, se recogen en el artículo 56 del LEBEP y encontramos los siguientes: nacionalidad, posesión de la capacidad funcional para el desempeño de las tareas, requisito de edad, no haber sido separado y el requisito de titulación. En cuanto al acceso para nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, cónyuge de aquel siempre que no exista separación de derecho e hijos menores de 21 años; o asimilados a los anteriores por tener ratificado por su país de origen algún Tratado Internacional ratificado por España, se dará en las mismas condiciones que cualquier

¹⁹ En caso de realizar una selección en la que el procedimiento de acceso sea vulnerado la consecuencia jurídica es la nulidad de pleno derecho del proceso de contratación, por lesionar "los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional", en incluso por prescindir "total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido", arts. 62.1 apartado a) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (vigente hasta el 02 de octubre de 2016) con las consecuencias correspondientes basadas en la extinción del contrato de trabajo y la posible reclamación de los interesados de la vulneración del proceso de selección; o bien por incumplimiento del contrato y despido improcedente.

nacional español con la restricción de acceso para puestos que impliquen la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas. En cambio para extranjeros no pertenecientes a los supuestos anteriores queda limitado únicamente el acceso como personal laboral.

b) *Órganos de selección.*

Atendiendo al artículo 60 del LEBEP los órganos de selección han de ser colegiados, la composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad, además habrán de ser paritarios entre hombres y mujeres. No podrán formar parte de los mismos el personal de elección o designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual. Además cada uno de los integrantes deberá acudir a título individual, no en representación o de parte de nadie, quedando fuera así la representación sindical en los mismos por ejemplo.

c) *Sistema selectivo.*

En cuanto al sistema selectivo, recogido en el artículo 61 del LEBEP, los procesos deberán ser adecuados al cargo a desempeñar, velarán por el principio de igualdad de oportunidades entre sexos, también han de ser objetivos y racionales. A diferencia de los sistemas utilizados para el personal estatutario, para el personal laboral además de utilizarse la oposición en la cual se valoran los conocimientos, el concurso-oposición que es la valoración conjunta de conocimientos y el reconocimiento de los méritos adquiridos²⁰, se usará también la valoración de méritos, quedando ésta reservada para casos excepcionales en cuanto al personal funcionarial. Además, podrán colaborar en los procesos selectivos en cuanto se recoja en los convenios aplicables las organizaciones sindicales. Para la Administración Local el sistema general es el concurso, el cuál no resulta tan objetivo como el sistema concurso-oposición, siendo el incumplimiento de los principios constitucionales del 103.3 de la CE más vulnerables en cuanto al sistema ya referido.

²⁰ Normalmente en reconocimiento de títulos adquiridos o de los servicios prestados dentro de la propia Administración

d) *Regulación contractual del personal laboral al servicio de la administración*

Si bien la adquisición y toma de posesión de la condición de funcionario de carrera vienen recogido en el artículo 62 del LEBEP²¹, nada se dice de la adquisición de la condición de personal laboral al servicio de la administración. Para conocer la manera en la cual estos adquieren dicha condición, hemos de acudir a la legislación propia de cada organismo, así, a modo de ejemplo, encontramos que en el artículo 33 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo²² viene contemplada la adquisición y en este caso, tras la superación de las pruebas realizadas se eleva al órgano competente para la contratación la relación de los candidatos, y tras la formalización, la incorporación y la superación del periodo de prueba que se establezca, el personal adquirirá la condición de personal fijo, fijeza que recoge la propia normativa.

4.2 La Laboralización de la Administración General del Estado.

Recurrir a un contrato laboral temporal para la cobertura de puestos de carácter indefinido en el tiempo, resulta una mala praxis cada vez más extendida, y en la Administración resulta cada vez más habitual dicha práctica; ya que es un método más ágil para cubrir las vacantes que se van ocasionando dentro de la misma y que además resulta de mayor proximidad a los criterios de gestión de las empresas privadas.

²¹ Véase el artículo 62 del LEBEP:

Adquisición de la condición de funcionario de carrera.

1. *La condición de funcionario de carrera se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:*

- a. *superación del proceso selectivo.*
- b. *Nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario Oficial correspondiente.*
- c. *Acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico, toma de posesión dentro del plazo que se establezca.*

²²Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado.

Según los datos proporcionados en los Boletines estadísticos del personal al servicio de las Administraciones Públicas de 2008, 2011 y 2015²³ se observa una cierta tendencia a la laboralización de la Administración. De ellos se extrae como la relación de puestos de trabajo por parte del personal laboral aumenta considerablemente respecto del personal funcionario durante los años consultados.

Recordemos los supuestos en los que se tasa el acceso para la cobertura de vacantes por parte de este tipo de personal, recogidos en el artículo 15, apartado c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, ya vistos con anterioridad, en los cuales queda restringido para puestos eventuales, de carácter periódico, tareas mecánicas, puestos que requieren un alto grado de especialidad, etc., por lo que encontramos aquí un uso fraudulento de este tipo de contratación ya que nada justifica el aumento de este tipo de personal respecto al aumento que se produce en cuanto al personal estatutario. Este hecho ocurre ya que la legislación laboral es más flexible a la hora de rescindir el contrato de trabajo, y en cambio la relación estatutaria se encuentra más protegida que la anterior.

Este fenómeno ocurre sobre todo en la Administración Local, siendo el número de personas vinculadas con estas mediante contratación laboral superior en alrededor a un 50% a las personas vinculadas por relación estatutaria, lo que representa de manera clara el uso fraudulento que de este tipo de contratación se produce, evitando así, por parte de la Administración, la cobertura de vacantes por personal Estatutario, ya que como hemos comentado resulta más costoso dado que habrá de mantenerse de forma permanente este contrato produciéndose así el fraude de Ley ya que resulta en aplicación de la legislación de conveniencia un resultado contrario a lo que en aplicación de la correspondiente resultaría. En el régimen jurídico de la contratación laboral en la Administración local el sistema de provisión general es el concurso, recurso facilitador a la hora de cubrir las plazas necesarias por personal laboral y no por personal estatutario.

²³ Ver Anexo. Gráficas de elaboración propia, Datos extraídos de los distintos Boletines estadísticos del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Una de las consecuencias que esto produce es la pérdida de imparcialidad con la que debe de actuar la Administración ya que un contrato laboral no es garantizado con la condición de fijeza, sino que puede rescindirse por múltiples causas recogidas en la legislación laboral. Además el contrato se suscribe con el propio organismo por lo que se dependerá más de la dirección del mismo, concluyendo en que este tipo de contratación se asemeja más a la relación contractual que adquieren los trabajadores con un empresario con personalidad jurídica privada el cuál es regulado por Derecho Laboral más garantista que el Derecho Administrativo en cuanto aquel persigue el interés de la parte más débil siendo esta el trabajador; y el Derecho Administrativo lo que persigue es el interés general por lo que el trabajador al servicio de la Administración se ve en una especial situación de indefensión ya que sus intereses se ven subordinados al propio interés general.

Otra de las consecuencias, como veremos más adelante, es que al incurrir en la contratación fraudulenta las personas vinculadas mediante contratos laborales suscritos por tiempo determinado, obtienen una plaza de carácter indefinido dentro de la Administración lo cual vulnera los principios Constitucionales de los artículos 23.2 y 103.3 ya que estos procesos selectivos se realizan de forma más ágil y con menos dificultad en el acceso con la justificación por parte de la Administración de su carácter urgente.

5. CONFLICTOS

5.1. Fraude a través de la concatenación de contratos laborales.

5.1.1 Planteamiento

En relación con lo que hemos visto hasta aquí, sabemos que el personal estatutario queda vinculado a la Administración de forma permanente, esto es estableciendo una relación indefinida mientras que no cambie la situación del trabajador, por ejemplo que llegue a la edad de jubilación, o resulte separado en funciones como causa disciplinaria, y que por el contrario el personal laboral debe cubrir puestos de carácter eventual, o discontinuos; de aquí partimos para el núcleo del problema.

En la legislación laboral, no existe el contrato fijo como tal, el LET otorga esta calificación para referirse a contratos de carácter indefinidos de manera indistinta utilizando ambos términos, en cambio, este término se recoge en el LEBEP distinguiendo entre fijos, indefinidos o eventuales. La Administración realiza un uso fraudulento o irregular del tipo de contratación laboral, al realizar la contratación de personal laboral para cubrir plazas que han de ser ocupadas por personal funcionario, y los contratos suscritos con aquellos se realizan por tiempo determinado²⁴; en ello, esta incurre en fraude de Ley ya que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, en este caso la inestabilidad en el empleo, al amparo del texto de una norma y cuya consecuencia según el artículo 6.4 del Código Civil es la aplicación de la norma que se trata de eludir, que al caso sería el artículo 15.3 del LET que recoge la presunción de la relación indefinida, por la cual los trabajadores que se encuentran contratados de manera fraudulenta por la Administración obtienen la condición de trabajadores indefinidos, lo que representa una oposición contradictoria entre normas de mismo rango ya que en la que en aplicación del derecho laboral estos trabajadores tendrán la condición de indefinidos y en aplicación del derecho Administrativo la condición de fijeza sólo corresponde al personal estatutario no respetando la aplicación laboral de los principios constitucionales de acceso al empleo público

5.1.2 Evolución jurisprudencial hasta la STS de 1998.

Sobre ello existen numerosas sentencias y doctrina al respecto. Una primera línea basándonos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 septiembre 1982. RJ 1982\5280 fundamentaba la adquisición de la condición de fijo de plantilla basándose en la Ley de Relaciones Laborales²⁵, que si bien recogía algunas excepciones a la

²⁴ En el art 15. Del LET recoge los supuestos en los que podrán concertarse contratos por tiempo determinados, que a modo de resume podemos decir que se clasifican en: cuando se contrate por obra o servicio, cuya ejecución aunque limitada en el tiempo puede no tener fecha cierta de finalización; por acumulación de tareas, circunstancias del mercado que así lo exijan o exceso de pedidos aún cuando sean contratados para la realización de la actividad normal de la empresa (entendemos así que para el resto de modalidades permitidas no es posible la contratación para la desarrollo de la actividad normal); Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución.

²⁵ Véase el artículo 14 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 abril 1976

presunción de relación indefinida, especificaba que al caso concreto de concatenación de contratos laborales no eran de aplicación estas excepciones.

Posteriormente se hace una mención especial a la posición de la Administración como empleadora, determinando que los defectos formales en la contratación temporal no podrán alterar la duración, o finalización del mismo²⁶. Tras ello, se repite esta línea si bien aclaran que al darse esta situación existe una plaza vacante de carácter fijo la cuál ha de cubrirse y que la contratación sucesiva se justifica con un nuevo instrumento creado y definido como la interinidad de hecho²⁷.

A partir de la STS de 18 marzo 1991 (RJ 1991\1875) la Sala orienta su doctrina a considerar que la Administración al actuar como empleadora queda bajo el sometimiento del derecho laboral y que la infracción del mismo puede ocasionar la condición de fijeza de su personal laboral.

En 1996 la Sala vuelve a retractarse y considera bajo la STS de 7 octubre 1996 (RJ 1996\7492) que la contratación laboral irregular no puede equipararse a los trabajadores contratados en régimen estatutarios siendo la condición de fijos de plantilla inherente a esta situación, sin perjuicio en su caso de la contratación de aquellos mediante un contrato laboral indefinido.

Encontramos como siguiente línea doctrinal la consolidación de la línea vista en la STS de 7 de octubre de 1996, esto es en la STS del 20 de enero de 1998, en la que distingue la condición de fijeza propia del personal estatutario y el carácter indefinido no fijo que en los casos de contratación en base a fraude de Ley obtiene el personal contratado en base a la legislación laboral, además sitúa a la Administración en una especial posición en la contratación pudiendo no ser de aplicación la legislación laboral al pasar por alto la presunción de relación indefinida que este recoge cuando el contrato este realizado en fraude de Ley.

“El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido, sin más excepciones que las indicadas en el artículo siguiente”.

²⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 27 noviembre 1989. RJ 1989\8262.

²⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencias de 7 febrero 1990 (RJ 1990\838), 24 abril 1990 (RJ 1990\3490) y 18 julio 1990 (RJ 1990\6424),

5.1.3 Creación del concepto de trabajador indefinido no fijo.

Hay que destacar la STS del 20 de enero de 1998²⁸ no es en sí el conflicto lo que tiene una importancia relevante si no la doctrina y la figura que crea sobre el trabajador indefinido no fijo, esta posee voto particular del Presidente de la Sala por lo cual trata de un asunto controvertido.

La sentencia basándose en la doctrina creada a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 noviembre 1989, y destacando de entre ellas las Sentencias de 10 y 30 diciembre 1996 (RJ 1996\9139 y RJ 1996\9864) y 14 marzo²⁹ y 24 abril 1997³⁰ (RJ 1997\2471 y RJ 1997\3498) fundamenta su fallo en el artículo 19 de la Ley 30/1984³¹, haciendo constar que el precepto posee un carácter imperativo el cual no puede ignorarse y fundamenta las bases del régimen estatutario de la función pública. Partiendo de esto, el mencionado artículo establecía e igualaba los métodos de acceso para el personal laboral con respecto al personal estatutario, además, en su apartado c) recoge la regla general en cuanto a que los puestos de trabajo bajo el mandato de la Administración serán desempeñados por su personal funcionario, aunque con excepciones.

El artículo 19 de la Ley 30/1984 fue desarrollado en el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo, aprobado por el Real Decreto 2223/1984, ya derogado, y en su artículo 32 *autorizaba la contratación temporal de personal laboral para*

²⁸ Viene a resolver el conflicto en el que dos trabajadores presentan demanda en primera instancia contra la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias; la cual de manera fraudulenta concatenó contratos laborales.

²⁹ Todas ellas versan sobre la adquisición de la condición de trabajadores indefinidos al servicio de la Administración en contratos realizados por obra o servicio, eliminando de las Sentencias que se pretenden casar en unificación de doctrina el término de trabajador fijo.

³⁰ Si bien esta Sentencia revoca en el mismo asunto, la adquisición de la condición de trabajador indefinido, la relación por la que mediante se realiza el fraude de Ley es a través de contratos Administrativos y no laborales como en las otras mencionadas.

³¹ Véase el artículo 19 de la Ley 30/1984 [derogado por la letra b) de la disposición derogatoria única de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público («B.O.E.» 13 abril)]

Las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad

realizar trabajos que no puedan ser atendidos por personal fijo, las normas para el acceso, bajo criterios más flexibles ya que el supuesto era para ocasiones de urgencia las cuales determinaría el Ministerio competente. Y bajo esto el TS se pronunció situando a las Administraciones Públicas en una “posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público”.

Tras esto, el TS vuelve a hacer referencia a otra sentencia³², esta vez para realizar una prelación de normas para resolver una concurrencia conflictiva indicando que la norma especial en este caso sería la norma Administrativa frente a la normativa Laboral, por tanto ante este tipo de conflictos deberá de aplicarse aquella, justificando que, el ordenamiento laboral protege los derechos de los trabajadores, y realiza la presunción a la contratación indefinida ya que el contrato es realizado entre sujetos privados en los que por el poder de dirección recae en el empresario dejando así al trabajador en una posición de indefensión y que en el caso concreto viene dada la falta de justificación por parte de los empresarios privados para no mantener un puesto de trabajo dentro de su propia organización.

En cuanto a la contratación por parte de la Administración, esta debe responder y actuar en pro del interés general, por lo que este mandato conferido en el ordenamiento laboral no resulta de aplicación cuando el ente contratante pertenezca al sector público y a lo que finaliza diciendo que *“estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se*

³² Sentencia del Tribunal Supremo de 24 abril 1990. RJ 1990\3490

haya infringido una norma laboral". Además, justifica todo ello en base a una Auto del Tribunal Constitucional, en el Auto 858/1988, de 4 julio que afirma que *"es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública, es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (artículos 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración"*.

Y, a partir de todo ello, realiza la distinción entre trabajador fijo e indefinido, resumido de la siguiente forma: un contrato indefinido implica que la terminación del mismo no tiene fecha cierta, pero no por ello se adquiere la condición de fijeza sin haber superado las pruebas de selección, ya que sería contrario a las normas de acceso del personal estatutario, por lo que el organismo de detectar un puesto de carácter fijo que ha de cubrirse, debe de adoptar las medidas necesarias para proveer regularmente el puesto vacante, y una vez provisto legalmente existe causa lícita para finalizar el contrato de trabajo.

Sobre el voto particular es separado en 5 motivos, el Presidente de la Sala el Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez en referencia a la línea doctrinal que sigue la Sala, señala que, a partir de la Sentencia de 18 marzo 1991 (RJ 1991\1875) en la que se reconocía el sometimiento de la Administración a la legislación laboral, en las sucesivas líneas ninguna de las Sentencias contradecía a esta sino que la afirmaban y la seguían. Sobre la especialidad de la norma, viene a manifestarse diciendo que *"no quiere decir que las Administraciones Públicas cuando actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales, estén exentas de atenerse y no tengan que respetar la normativa general, coyuntural y sectorial, que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo, lo cual chocaría frontalmente con el principio constitucional de legalidad"* por lo que en esos casos no se pueden eludir las normas laborales y las referentes a la contratación temporal y estas han de prevalecer en estos casos no pudiendo eludirse por la aplicación de la norma especial.

Sigue el presidente manifestando su discrepancia respecto a la diferencia entre trabajador fijo e indefinido que proporciona la STS 1998 dado que la propia legislación laboral se refiere en ambos términos a una misma figura, diciendo que ambos lo que consolidan es un puesto de trabajo dentro de la empresa y no la adscripción a determinada plaza, recordando así la movilidad funcional a la que los trabajadores quedan sujetos bajo el poder de dirección del empresario.

En el cuarto motivo, señala que si la Administración debe de proveer la plaza a través del procedimiento legal, el contrato en su comienzo tiene fecha cierta de finalización, por lo que no es adecuada la provisión mediante un contrato laboral sino mediante la figura de un contrato por interinidad. Y finaliza de la siguiente forma “*el pronunciamiento que debiera de haber dispuesto la sentencia recaída en estas actuaciones, era el de acoger el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los demandantes y estimar íntegramente las pretensiones de la demanda, al ser un hecho que no se discute que la contratación de los referidos trabajadores adolece de irregularidades graves*”.

5.1.4 Tendencia actual.

En relación con lo expuesto hasta aquí la doctrina es clara al determinar que la relación contractual finalizará cuando se convoque plaza para la cobertura del puesto que viene desempeñando el personal laboral cuando este sea de carácter fijo, existiendo causa lícita para la terminación de la relación contractual mediante denuncia del empleador, sin atender a los procedimientos de despido recogidos en el LET, ya fuera por causas objetivas aun tratándose de un despido colectivo. Encontramos así una primera línea respecto a ello en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002 RJ 2002\9893, 2 de junio de 2003 REC. 3243/2000 y en la de 26 junio 2003. RJ 2005\4259³³.

Tras el estallido de la crisis y mediante planes de ordenación la Administración para cumplir con el objetivo de la reducción del déficit presupuestario recurría

³³ La Sala se retracta en lo ya expuesto en la las STS de 27 mayo 2002 en las dos sentencias mencionadas.

constantemente a la amortización de los puestos de trabajo. La práctica resolutoria de los contratos se extendía al cese de la prestación por amortización de la plaza y así encontramos la STS de 22 de julio de 2013. Esta sentencia unifica y crea doctrina; es tajante y determina que con la mera denuncia de la amortización de la plaza realizada por el plan de ordenación de Recursos Humanos del organismo denunciado es suficiente para existir una causa lícita resolutoria del contrato de trabajo, determinando que no es necesario procedimiento alguno recogido en el LET. Además la Sala hace referencia para su justificación a anteriores sentencias como la Sentencia de 27 mayo 2002. RJ 2002\989, la cual realizaba una comparación análoga del trabajador fijo indefinido del interino por vacante.

La Sentencia resulta controvertida y posee voto particular suscrito por seis de los componentes que forman la Sala, los cuáles discrepan y fundamentan que el fallo de la Sala aprobado por la mayoría de los componentes *“choca frontalmente no sólo con los principios de un Estado social de derecho, que el artículo 1º de nuestra Constitución proclama y garantiza, sino también con los principios de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) -ratificada por España- y el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo, -igualmente ratificado- normas todas ellas que garantizan protección en caso de despido.”*

El magistrado, difiere también en la analogía realizada en la Sentencia tomando de referencia la STS de 27 mayo 2002 ya que justifica que la creación del trabajador fijo indefinido viene a resolver la contratación temporal realizada en fraude de Ley por la Administración y la figura del interino por vacante viene a cubrir una vacante con reserva de puesto fundamentando que *“la cobertura provisional de la vacante y no otra es el dato fundamental para calificar la relación jurídica como contrato de interinidad, por vacante, bastando con que la identificación de la plaza que se contrata se realice de modo que la actitud posterior de la Administración no ocasione indefensión al afectado, y que el acto empresarial se realice con criterios objetivos³⁴”*. Que a modo de resumen y para terminar con el voto particular el magistrado concluye que aunque la causa de extinción fuera lícita, es necesaria la aplicación de la Legislación Laboral para los

³⁴ STS de 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9062)

procesos de despidos objetivos y el correspondiente abono de la indemnización pertinente.

No obstante, en el mismo año, el Tribunal supremo dicta Sentencia de 25 noviembre 2013, en la cual equipara la figura del personal indefinido no fijo a la figura de interinos por vacante y según esta analogía, para que resulte de aplicación el principio de efectividad en ordenación de la contratación temporal, en el supuesto del litigio³⁵ resuelve el alto Tribunal reconociendo el derecho a indemnización para ambas figuras³⁶.

Esta evolución nos lleva a la actual doctrina que sí reconoce la necesidad de acudir a la vía de los artículos 49, 51 y 52 del LET cuando la plaza sea amortizada, cubierta por vacante o se convoquen las pruebas para la consolidación de las mismas por el procedimiento estatutario, así lo afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 junio 2014. RJ 2014\4380³⁷, esta necesaria aplicación del procedimiento de despido por causas objetivas tanto en su variante individual como en la colectiva determina que en caso de no respetarse el procedimiento formal el despido tendrá la consideración de improcedente, indemnizándose por tanto con 45 días de salario por año trabajado, en vez de los 8, 10 o 12 dependiendo de la fecha de realización del contrato y del momento de su finalización.

³⁵ Siendo este la amortización de una plaza la cual estaba cubierta por un trabajador indefinido no fijo.

³⁶ La prevista en el art. 49.1.c)ET , teniendo en cuenta la prevención contenida en la DT 13ª ET , conforme a la cual los contratos temporales celebrados hasta el 31/12/11 han de ser indemnizados con 8 días de salario por cada año de servicio

³⁷ *“La idea de que la amortización extingue el contrato porque el mismo tiene una condición resolutoria implícita en ese sentido debe rechazarse, porque, cual se ha dicho antes, nos encontramos ante una obligación a término indeterminado y no ante una condición, ya que la existencia de una condición requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 C.C .). Además, esa condición resolutoria sería nula, conforme a los artículos 1115 y 1256 del Código Civil , pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo que no es correcto, según esos preceptos.”*

5.2 Fraude a través de contratos administrativos.

5.2.1 Planteamiento.

Hasta ahora hemos visto el fraude a través de la contratación laboral y su evolución jurisprudencial además de la actual doctrina imperante, pero no obstante, este medio no es el único usado para encubrir relaciones de carácter estatutario, sino que también encontramos el fraude a través de la formalización de contratos administrativos. La Ley de Funcionarios Civiles del Estado introdujo esta figura y determinó la contratación en dos supuestos, para realizar trabajos específicos, concretos y extraordinarios, o de urgencia, y para la colaboración temporal. Esta situación plantea una consecuencia jurídica para el trabajador sí más grave que la utilización fraudulenta de un contrato de trabajo en encubrimiento de una relación de carácter estatutario, ya que, el trabajador queda desprovisto de todos los derechos laborales y de la Seguridad Social correspondientes como lo son las cotizaciones, estabilidad laboral, a las causas de extinción, modificación del contrato de trabajo, etc. Además, de resultar una vulneración de los principios constitucionales de acceso al empleo público. La Administración abusó de este tipo de contratación, lo que ocasionó la supresión y prohibición de la realización de este tipo de contrataciones así como de sus renovaciones.

5.2.2 Legislación

Tras la primera aparición en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado y su eliminación de la misma, la Administración utilizó otro tipo de contratación administrativa para enmascarar estas relaciones de carácter laboral, en este caso la utilización de los contratos específicos y concretos no habituales, recogidos en el art. 6. 2 apartado a de la misma Ley, y que posteriormente fue desarrollado en la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, el cuál aclara su naturaleza administrativa y la que los define como contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales que, no siendo los destinados a consultoría y asistencia, “*se celebren excepcionalmente por la Administración cuando su*

*objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos*³⁸, lo que se traduce en un vacío legal para seguir aplicando la praxis que encubre contratos laborales.

Nuevamente mediante la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas suprime este tipo de contratación por el abuso de uso que supuso la figura y la problemática jurisdiccional³⁹; y así lo justifica en la exposición de motivos *“por la razón de que la colaboración con profesionales que pretendía atender puede ser perfectamente articulada a través de contratos de consultoría y asistencia, evitando las dudas y dificultades que el carácter residual y la definición negativa de los contratos que ahora se suprimen han suscitado en la práctica de su aplicación concreta”*.

Y tras esta supresión, quedaron vigentes los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios los cuáles la Administración siguió utilizando para encubrir relaciones laborales. En la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público dejó de existir el contrato de consultoría y asistencia quedando en la actualidad vigente para este tipo de uso el contrato de servicios que se definen en el RD 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público como *“aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro”*.

5.2.2 Presunción de laboralidad e inclusión dentro del régimen de trabajador indefinido no fijo.

La primera línea doctrinal la encontramos en la STS de 9 octubre 1982. RJ 1982\6136 en la que varios trabajadores demandaban a la Excma. Diputación Foral de Guipúzcoa y el Consejo de Administración del Hospital ya que esta había utilizado este tipo de contratación para encubrir una relación presuntamente laboral, pues bien, la Sala

³⁸ Art. 197 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas

³⁹ Revista Andaluza de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm. 83, Sevilla, mayo-agosto (2012), pág 52

falla a favor de la Diputación Foral argumentando que, la presunción del artículo 8 del ET no era de aplicación ya que se trataba de un contrato suscrito con la Administración y al ser denominado como administrativo la Sala no era competente⁴⁰. Son pocas las Sentencias que llegan al alto Tribunal bajo este asunto, ya que son resueltas en los Tribunales Superiores, aunque sí encontramos la línea actual en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 junio 2015. RJ 2015\3411 en la que una trabajadora es despedida por ejercer su derecho a la Tutela Judicial efectiva, ya que tras formular reclamación previa para el reconocimiento de la relación de carácter laboral, esta, es cesada en el cargo que venía ejerciendo, por lo que presenta recurso de unificación de doctrina, reconociendo la sala el despido como nulo por vulnerar este derecho y el derecho de indemnidad. El Tribunal Supremo como Sentencias análogas la STS de 18 febrero 2008. RJ 2008\1632, STS de 26 febrero 2008. RJ 2008\3038, STS de 14 mayo 2014. RJ 2014\3312, entre otras y resaltando la doctrina creada en la Sentencia de 11 noviembre 2013. RJ 2014\378, determinando que, la carga de la prueba recae en el empresario por tratarse de la vulneración de derechos fundamentales, y que este no aporta medios probatorios suficientes que resarzan la causa por la cual este es demandado. Con lo que al reconocer la relación de laboralidad, este trabajador pasa a adquirir la condición de personal laboral indefinido no fijo dentro de la Administración.

6. Conclusiones.

Tras la crisis económica, la Administración ha visto reducidos sus recursos, además la Ley no le faculta para realizar provisiones de personal a través de convocatoria estatutaria. Para agilizar el proceso y cubrir vacantes necesarias, la misma opta por la contratación laboral en detrimento del procedimiento estatutario, por lo cual muchas de estas plazas de carácter fijo se ven cubiertas por personal laboral. En la Administración Local, posee una normativa menos estricta en el acceso al empleo público y consecuencia de esto es un de trabajadores vinculados mediante contrato laboral injustificado proporcionalmente. Además de que la propia Administración actúa de

⁴⁰ Destaca la afirmación ya que es contraria al principio de primacía de la realidad, ya que la Sala hace caso omiso al objeto del contrato y a sus características.

forma inconstitucional al no respetar los principios que en la misma se recogen en cuanto al acceso.

La jurisprudencia trata de cubrir el vacío legal que tantas controversias han venido acaeciendo, dado que la normativa Administrativa y la normativa Laboral no armonizan entre sí y sus principios chocan de forma indiscriminada.

Y para concluir y en mi opinión, el problema recae en que, mientras la Legislación no se armonice a lo largo del tiempo iremos viendo cambios doctrinales en un sentido más liberal o más conservador según la línea del Tribunal, dejando como se ha visto en este trabajo, a muchos trabajadores desprovistos de derechos que tras la evolución de la técnica se les reconoce por el principio de irretroactividad.

BIBLIOGRAFIA

- *CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL VII 2007. RELACIONES LABORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS. Imp. Lerko Print, S.A*
- *VIVERO SERRANO, J.B. "El acceso al empleo público en régimen laboral" EDIT: Tirant lo Blanch, Valencia 2007.*
- *PALOMAR OLMEDA, A. Derecho de la función pública., Edit. Dykinson 2011*
- *MOLINA GARCÍA, MÓNICA., El contrato de trabajo en el sector público, Comares, Granada, 2000.*
- *SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho de la función pública, Tecnos, Madrid, 2008.*
- *CASTILLO BLANCO, F.A., Derecho de empleo público, Iustel, Madrid, 2009*
- *PARADA VÁQUEZ, R., derecho del empleo público, Marcial Pons, Madrid, 2007.*
- *SEMPERE NAVARRRO, A.V., y QUINTANILLA NAVARRO, Y., La contratación laboral en las Administraciones Públicas, Aranzadi, Navarra, 2003.*
- *Boletines Estadísticos del Personal Al Servicio De Las Administraciones Públicas. 2008, 2011 Y 20015.*
- *VALENTÍN PÉREZ MARTÍNEZ "El personal laboral al servicio de la administración y la laboralización de la función pública" Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, ISSN 0213-4675, N° 234, 1987, PÁGS. 255-288*
- *RECUERDA GIRELA, M.A., FERNÁNDEZ DELPUECH, L. "Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario" Revista Andaluza de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 83, Sevilla, mayo-agosto (2012).*
- *CASTILLO BLANCO, F. A. ¿Un nuevo episodio de desajuste entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral?: una reflexión a propósito de las medidas*

adoptadas en la reforma laboral. Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 190, Madrid, enero-abril (2013), págs. 309-347

- *DELGADO RAMOS, D., ARENILLA SÁEZ, M. ¿Hay muchos empleados públicos en España? Eficiencia y efectividad en el contexto de la OCDE. Revista de Administración Pública* ISSN: 0034-7639, núm. 193, Madrid, enero-abril (2014), págs. 297-334
- *NORES TORRES, L.E. El empleo público en tiempos de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP. Revista General de Derecho Administrativo* n.º 35 (Iustel, enero 2014)
- *RODRÍGUEZ-CAMPOS, S. El empleo público en tiempo de reformas* *Revista de Administración Pública* número 198, Septiembre/Diciembre 2015.
- *GORELLI HERNÁNDEZ, J. El despido disciplinario del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. 2015 Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis . Aranzadi* p. 195-253.
- *REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, NÚMERO 93*

Jurisprudencia

- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 27 noviembre 1989. RJ 1989\8262
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 18 marzo 1991 (RJ 1991\1875)
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 7 octubre 1996 (RJ 1996\7492)
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia 20 de enero de 1998
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 10 de diciembre de 1996 RJ 1996\9139
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 30 diciembre 1996 RJ 1996\9864

- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 14 marzo de 1997 (RJ 1997\2471)
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 24 abril 1997 (RJ 1997\3498)
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 24 abril 1990. RJ 1990\3490
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 27 de mayo de 2002 RJ 2002\9893,
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 2 de junio de 2003 REC. 3243/2000
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 26 junio 2003. RJ 2005\4259
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 27 mayo 2002. RJ 2002\989
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 24 junio 2014. RJ 2014\4380
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 9 octubre 1982. RJ 1982\6136
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia del de 17 junio 2015. RJ 2015\3411

Recursos E-

- El indefinido no fijo como personal laboral. Últimos giros jurisprudenciales http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10563-el-indefinido-no-fijo-como-personal-laboral-ultimos-giros-jurisprudenciales/#_ftn3
- “Un trabajador laboral indefinido no fijo al que hay que indemnizar 8 días/año como a un temporal” <http://javierpozo.blogcanalprofesional.es/un-trabajador-laboral-indefinido-no-fijo-al-que-hay-que-indemnizar-8-diasano-como-a-un-temporal/>
- ¿Afecta la prohibición de incorporar nuevo personal a las plazas cubiertas por interinos? <http://www.administracionpublica.com/afecta-la-prohibicion-de-incorporar-nuevo-personal-a-las-plazas-cubiertas-por-interinos/>

ANEXO

Gráficos de elaboración propia. Datos extraídos de los Boletines estadísticos del personal al servicio de las Administraciones pública correspondientes a enero de 2008, 2011 y 2015.

