

Grado en: Relaciones Laborales
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2016/ 2017
Convocatoria: Septiembre

PATOLOGÍAS DEL EMPLEO PÚBLICO
Pathologies of public employment

Realizado por el alumno/a D Iriome Hernández Martín

Tutorizado por el Profesor/a D Juan José Guimerá Rico

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Administrativo

ABSTRACT

This paper analyzes the legal regime of public employees, to stop focusing on the subject matter, the workforce and their status as indefinite not fixed. First, we will study differences policy and legal between both figures, mainly on the principles and requirements, which will result in the problem in question, which is the emergence of indefinite non-fixed. Problem that arises in the Administration, by its high use of temporality to solve needs permanent with this type of employee, when by law reserve, would correspond to an official. Of this abuse, the temporary workforce will remain in a legal limbo, where the courts will have to find solutions, creating jurisprudence, in which even the European Court will take to resolve the issues raised in the Spanish courts and in addition, rule the fraud law in the recruitment of temporary staff by the Administration, being the Spanish law contrary to Community law.

RESUMEN

En este trabajo se analiza el régimen jurídico del empleado público, para acabar enfocándose en el tema en cuestión, el personal laboral y su condición de indefinido no fijo. Primeramente, se estudiarán las diferencias normativas y jurídicas entre ambas figuras, principalmente en los principios y requisitos de acceso, que desembocará en el problema en cuestión, que es la aparición del indefinido no fijo. Problema que surge en la administración, por su alto uso de la temporalidad para solventar necesidades permanentes con este tipo de empleado, cuando por reserva de ley, le correspondería a un funcionario. De este abuso, el personal laboral temporal quedará en un limbo jurídico, en el que los tribunales tendrán que buscar soluciones, creando jurisprudencia, en el que incluso el Tribunal Europeo entrará a resolver las cuestiones planteadas en los tribunales españoles y dictaminará, además, el fraude de ley en la contratación de personal laboral temporal por parte de la administración, siendo la legislación española contraria al Derecho Comunitario.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. RÉGIMEN GENERAL	6
III. PROBLEMA	13
IV. SOLUCIONES	16
V. PROPUESTA	23
VI. BIBLIOGRAFÍA	24

I. INTRODUCCIÓN

En el presente escrito, se estudiarán las irregularidades del empleado laboral en la administración.

Estas irregularidades se presentan en la formalización del vínculo de la administración con el empleado laboral, debido a la sucesiva contratación temporal para ocupar puestos de necesidad permanente, y siendo, además, funciones reservadas para funcionarios carrera ya que se les reserva *“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”*¹. Por tanto, iría en contra de lo establecido en la normativa tanto española como comunitaria.

Lo que plantea el problema de cómo gestionar esta alta temporalidad presente en la administración pública creada su abuso en el uso del personal temporal. El reiterado y continuo uso del personal temporal se debe a la maleabilidad del que ofrece el régimen laboral, resultando rápido y ágil ocupar dichas plazas vacantes, por lo tanto, esa inclinación al derecho privado hace que la administración se vincule mediante un contrato, y por tanto, tomando parte como empresario en esta relación, lo que hace que con la encadenación de contratos temporales incumpla con su deber de empresario. Que, en derecho laboral, significaría la adquisición de indefinid.

Consiguientemente, a partir de estas discrepancias, ha forzado la aparición de la nueva figura apodada por la jurisprudencia como trabajador indefinido no fijo. Figura que se ha ido forjando a golpe de sentencias tanto españolas como del TJUE, ya que se encuentra en un limbo jurídico.

¹ Artículo 9.2 del EBEP.

Aparte de los tribunales, la administración actualmente, para regularizar esta situación, aparte de crear nuevas plazas de empleo público², se ha planteado la conversión del laboral a funcionarial, la cual en principio estaba reservada solo para el personal fijo.

² Se han convocado plazas tanto estatales como a nivel local, para ocuparlas de forma lícita, y siguiendo los principios rectores del acceso al empleo público como son los de igualdad, mérito y capacidad, que ocupan parte del problema sobre los indefinidos no fijos y la adquisición de fijeza.

II. RÉGIMEN GENERAL

La definición de empleado público la encontramos en el artículo 8 del EBEP, en su primer apartado, que versa así, “*son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*”.

Las clases de empleado público vienen determinadas en el apartado 2, del citado artículo 8 del EBEP, y son las siguientes:

- a) *Funcionarios de carrera.*
- b) *Funcionarios interinos.*
- c) *Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.*
- d) *Personal eventual.*

Los funcionarios vienen definidos en el artículo 9.1 del EBEP, “*en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente*”, de aquí podemos concluir que, ocurre por un nombramiento legal, por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo (no por el Derecho Laboral), y además, el ejercicio de sus funciones específicas es de carácter permanente.

En cuanto al personal laboral, lo encontramos en el artículo 11 del EBEP, “*es personal laboral el que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal*”, es decir, están vinculados a la administración por un

contrato escrito, regulado por la legislación laboral, y además, la duración del personal laboral, podrá ser, fijo, indefinido o temporal.

Otro de los rasgos que definen la diferencia entre funcionarios y personal laboral, es su acceso al empleo público. Se encuentra regulado por una serie de principios que son los de igualdad, mérito y capacidad, regulados en la Constitución Española, y requisitos que se encuentran en el artículo 55 y siguientes del EBEP.

El principio de igualdad al empleo público viene recogido en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución³.

En el artículo 23.2 de la CE se determina que los ciudadanos “*tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*”, esto quiere decir que todo ciudadano tiene derecho al acceso al empleo público⁴, lo que no va en contra de que en determinados procedimientos se tengan que reunir una serie determinada de requisitos específicos para poder acceder a los cargos y funciones en cuestión, esta limitación no puede, constituir una discriminación.

³ Con respecto a la utilización de los artículos 14 y 23.2 CE, hay que matizar su utilización en el asunto en cuestión. Acudiendo a RTC (2012, 246), podemos ver como se diferencia claramente su utilización en su fundamento tercero. Por un lado, el artículo 14 se protege el “*derecho a la igualdad ante la Ley y a no sufrir discriminación*”, mientras que el 23.2, “*doctrina reiterada de este Tribunal que el art. 23.2 CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos*”. Por tanto, el conflicto establecido por la utilización de ambos artículos en cuanto a la igualdad de acceso al empleo público queda esclarecida, ya que el primero, sería de una forma más general de igualdad, refiriéndose a la igualdad para todos los ciudadanos, y en cuanto al segundo, la igualdad al acceso a cargos públicos.

⁴ El artículo 23.2 de la CE, se reserva de manera estricta a los cargos públicos, es decir, a los funcionarios, “*entendiendo que se produce una reserva material de funciones a favor de los funcionarios de carrera, quedando excluido el personal laboral*”. Este posicionamiento surgió de la sentencia del Tribunal Constitucional del 27 de septiembre de 1993, 281/1993. No todos comparten este punto de vista, entendiéndose que el personal laboral también ocupa un cargo o función pública, por lo tanto, se consideraría este posicionamiento arbitrario. Idea extraída de Nuria de Nieves Nieto para la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Núm. 93, Junio 2011.

Para poder valorar objetivamente a los ciudadanos que quieran acceder al empleo público se introducen los principios de mérito y capacidad⁵, que se proclaman en el artículo 103 de la Constitución, en su apartado tercero.

Se recogen principalmente tres puntos:

- La obligación a elaborar un Estatuto específico para los funcionarios públicos⁶
- El acceso a la función pública mediante los principios de mérito y capacidad.
- Peculiaridades del ejercicio.

Mediante estos tres puntos, se nos presentan dos cuestiones. En primer lugar, la obligación de elaborar un Estatuto específico para los funcionarios públicos (Este estatuto sería la Ley de Función Pública). Pero, si nos atenemos sólo a funcionarios públicos, no se englobaría al resto del personal, como es el laboral, eventual o directivo, los cuales, también deberían de pasar por los procedimientos de mérito y capacidad para el acceso al empleo público⁷.

La segunda cuestión serían los propios principios de mérito y capacidad, ya que no se acredita la aplicación de los mismos de manera rigurosa a la hora de la práctica⁸.

El artículo 55.1 del EBEP regula otra serie de principios necesarios. En él se recoge que *“todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de*

⁵Concentrados en el EBEP en los artículos 55, 56, 57, 58, 59.

⁶Este estatuto se aplica sólo a los funcionarios públicos, y no a todos los empleados públicos en general, ya que al personal laboral se le aplicaría el Derecho Laboral, regulado en el artículo 11 EBEP.

⁷ *“El EBEP extiende la aplicación de estos principios a la totalidad del empleo público, si bien la intensidad de su aplicación sigue siendo mayor en el ámbito de la función pública que en el de la contratación laboral”*. Nuria de Nieves Nieto para la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Núm. 93, Junio 2011.

⁸ *“Su aplicación ha sido marginada en las últimas décadas a través de distintos procedimientos, entre ellos, el sometimiento de los entes públicos al derecho privado, facilitándose con ello la contratación laboral en la que se ha aplicado una gran dosis de discrecionalidad en la selección de este personal”*. Nuria de Nieves Nieto para la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Núm. 93, Junio 2011.

acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad⁹, y en su apartado segundo se detalla con más precisión que, se seleccionará al personal público (personal recogido en el artículo 2 del EBEP) con los procedimientos que garanticen los principios constitucionales, así como los que se establecen en el mismo. Y que son los siguientes:

- a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.*
- b) Transparencia.*
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.*
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.*
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.*
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.*

No sólo estos principios regulan el acceso al empleo público, sino también una serie de requisitos. El artículo 56.1¹⁰, se establecen una serie de requisitos generales para poder participar en los procesos selectivos al empleo público, completando en el 56.3 que, *“podrá exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos”*.

⁹Como hemos mencionado anteriormente, los principios de igualdad *“tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”*, mérito y capacidad, rigen el acceso al empleo público.

¹⁰ En este artículo, el ejemplo más claro en el que se diferencia el personal laboral del funcionario, se encuentra en el 56.1.a), *“Tener la nacionalidad española”*, siendo en el artículo 57, donde se limitaría que otras nacionalidades si pueden acceder al empleo público, y es aquí donde se encuentra la divergencia, *“1) los extracomunitarios no pueden acceder a funciones atribuidas a funcionarios públicos, en general, pero sí a las que correspondan al personal laboral; 2) los extranjeros comunitarios, en cambio, pueden acceder libremente a puestos correspondientes a personal laboral y ciertos puestos de funcionario, en los que no se actúe en ejercicio del poder público; 3) y sólo los nacionales españoles pueden acceder con libertad a cualquier empleo en la Administración Pública, de carácter funcional o laboral”*, Nuria de Nieves Nieto para la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Núm. 93, Junio 2011. Por tanto, acceder como funcionario es más restringido, que acceder como personal laboral.

Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán de, oposición o de concurso-oposición (Artículo 61 EBEP), que tendrán un carácter abierto y que también garantizarán la libre concurrencia. Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos. Asimismo, *“cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados”*.

En cuanto al personal laboral, por un lado al laboral fijo, se le aplicarían los mismos sistemas selectivos que a los funcionarios, en cambio, para el temporal, no hay regulación en concreto. *“Esta omisión es denunciable habida cuenta de la necesidad de aplicar a este personal temporal los mismos principios constitucionales”, “que son ineludibles puesto que no dejan de ser aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad prevaleciendo incluso sobre la rapidez y la urgencia. La ausencia de un procedimiento regulado expresamente en el EBEP para el personal laboral temporal no significa que este pueda mantenerse al margen de los principios rectores del acceso al empleo público, puesto que les es aplicable el contenido del artículo 55 del EBEP”¹¹,*

Por todo lo mencionado anteriormente, en cuanto el acceso al empleo público, podemos recopilar que, los principios y requisitos para los funcionarios son más rígidos que para el personal laboral, en específico temporal. De hecho, se puede evidenciar la flexibilidad que ofrece el personal laboral para paliar problemas o necesidades de manera ágil y rápida, a diferencia de los procesos lentos y largos del funcionariado¹². Por esto mismo, hay varias formas de acceso al empleo público, dependiendo de la categoría por la que se quiera acceder.

¹¹ Nuria de Nieves Nieto para la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Núm. 93, Junio 2011

¹²TJCE/2016/110 *“momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”*.

Una forma más de diferenciación entre los funcionarios y el personal laboral, son las funciones que desempeñan dentro de la administración. Hay funciones en la administración que debido a *“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”*, es decir, sólo un funcionario puede realizarlas, debido al interés general que estas salvaguardan, por ello quedan excluidas al personal laboral. Recogido en los artículos 9.2 y 11.2 del EBEP.

Dentro de los funcionarios públicos podemos encontrar los funcionarios de carrera e interinos. Los funcionarios de carrera ya los hemos tratado anteriormente, así que vamos a delimitar la figura del interino.

Los funcionarios interinos, a diferencia de los de carrera, no tiene carácter permanente. Esto viene justificado en el artículo 10 del EBEP, ya que la ocupación de ese puesto debe ser por razones suficientemente justificadas, de necesidad o urgencia. Se realizará por procedimientos ágiles, rigiéndose con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. El personal interino tiene que desarrollar funciones propias de un funcionario de carrera cuando se den los siguientes casos:

- 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.*

“A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera” recogido en el 10.5 del EBEP. El cese del funcionario interino, por lo tanto, es la desaparición de las condiciones que determinaron su nombramiento en dicha plaza, como también podría serlo, la amortización de la plaza.

El personal laboral dentro de la administración se encuentra conformado por, personal laboral, eventual y directivo.

La definición de personal eventual lo encontramos en el artículo 12.1 del EBEP, *“es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin”*. Las leyes de desarrollo del EBEP determinarán los órganos de gobierno de las administraciones públicas que puedan disponer de este tipo de personal, estableciendo el número máximo de personal a su disposición. Debido a su carácter de confianza, esta condición de personal eventual no podrá constituir un mérito para el acceso a la función pública.

Por último, se encuentra el personal directivo, podemos ver como no se encuentra entre las clases de empleado en el artículo 8.2 mencionado anteriormente. Pero, en el artículo 13 se le hace mención, aunque no se le define. En este se establece que su régimen jurídico específico será desarrollado por El Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas, acorde a unos principios establecidos en este mismo artículo. Esta serie de principios, son principios generales, y similares a las del resto de empleados públicos.

III. PROBLEMA

Los principios y requisitos reglados anteriormente como necesarios para el acceso al empleo público, y las discrepancias presentes entre el funcionario y el personal laboral, dejan entrever el problema que surge en la administración debido al uso reiterado y continuo del personal laboral temporal de manera fraudulenta, creando la figura del indefinido no fijo.

La contratación laboral de la Administración Pública está reconocida en el 8.2 del EBEP, por ello, la cuestión es de cómo nació esta figura en la Administración. La administración cuando contrata asume el papel de empresario¹³, con dos ordenamientos jurídicos diferentes, por un lado, el laboral, que tiene intereses privados, y por el otro, el administrativo, que busca el interés público. En principio, se tendría que buscar una interpretación integradora¹⁴ por parte de ambas, pero este conflicto de ordenamientos se resuelve con la

¹³ En la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social, del 18 de marzo del 1991, (RJ 1991/1875), expone en su tercer fundamento, *“no puede entenderse en el sentido de que las Administraciones públicas queden exentas de someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios (art. 1.2 del E. T.) celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral que de él dimana ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso”*. En otra sentencia de ese mismo año, del Tribunal Constitucional del 18 de julio de 1991 (STC 161/1991), se produce cierta contradicción con respecto la figura de la administración pública como empresario, ya que, *“el principio de autonomía de la voluntad deja un margen en la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización”, “el problema se planteaba en el ámbito de las relaciones entre particulares, en el presente caso no es así, ya que el empleador o empresario es la Administración Pública, que en sus relaciones jurídicas no se rige, precisamente, por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.) con una interdicción expresa de arbitrariedad (art. 9.3 C.E.)”* Lo que nos aclara esta segunda sentencia es que el empresario tiene que atenerse al derecho en cuanto su relación contractual con el personal laboral, y personificarse como empresario, pero, matiza el que, no tiene autonomía de voluntad, como tendría un empresario particular, es decir, en el derecho privado.

¹⁴ La distinción entre ordenamientos, por parte de la administración, se puede ver reflejada en la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social del 20 de enero de 1998 (RJ 1998/100), en su tercer fundamento, *“en este sentido la Sentencia de 24 abril 1990 ya señaló que en esta materia juegan normas de distintos ordenamientos -el laboral y el administrativo- que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil, ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios”*.

prevalencia de la norma más específica de ambas, que, en este caso, sería la normativa laboral.

Los indefinidos no fijos surgieron en consecuencia de las irregularidades contractuales por parte de la Administración Pública, ya que el contrato era algo muy común dentro de la administración, debido a la maleabilidad que ofrecía el régimen laboral, para tareas específicas y disminuir las necesidades funcionariales que surgían. La solución a este fraude de ley consiste en aplicar el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en el cual encontramos que, “*se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*”. Lo que deriva a las discrepancias sobre su reconocimiento, ya que estas irregularidades por parte de la administración en cuanto a la contratación, no puede dar lugar a la fijeza¹⁵ de la plaza, que solo queda contemplado para los funcionarios de carrera, lo que supondría una vulneración de las normas aplicables, de los principios constitucionales que garantizan la eficacia de los intereses públicos.

Por ello la cuestión a plantearse es el porqué de esta situación, cómo surge, y se encuentra en, no respetar los límites en cuanto a la contratación temporal, ya que en el artículo 8.2 del EBEP en su letra c, se reconoce la contratación laboral,

¹⁵ En la sentencia, ya citada anteriormente, del Tribunal Supremo Sala de lo Social del 20 de enero de 1998 (RJ 1998/100), en su tercer fundamento, declara que “*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*”.

Asimismo, Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social, del 18 de marzo del 1991, (RJ1991/1875), en su tercer fundamento, segundo apartado, “*las irregularidades formales en que puedan incurrir las Administraciones Públicas en la contratación temporal no transforman la relación laboral en indefinida, en aras a los principios de igualdad de oportunidades y de mérito y capacidad que han de respetarse en favor de todos los que deseen acceder a la función pública, mediante el oportuno procedimiento de selección; principios que, efectivamente, consagra el art. 103 n.º 3 de la Constitución*”.

pero indefinida o temporal, no fija. En el ámbito laboral, en el derecho privado, esta infracción, significaría la adquisición de fijeza de su puesto de trabajo. En teoría en la administración, esa fijeza es sólo admisible para el funcionario de carrera, pero de no cumplirse la normativa, rompería el principio constitucional de legalidad que se encuentra en el artículo 9 de la Constitución Española¹⁶, ya que iría en contra de lo estipulado en el artículo 15 del ET, vulnerando así la normativa laboral, pero, por otro lado, la reserva de puestos al funcionario de carrera.

Lo desarrollado a lo largo de todo este apartado, implicaría un uso fraudulento del poder, lo que iría en contra de los intereses públicos, ya que no se le está dando el uso previsto al contrato laboral, según los principios rectores del acceso al empleo público. Lo que deriva en un arraigo del contrato temporal, debido a su flexibilidad y rapidez en los tiempos de contratación, además de una búsqueda en el interés privado, por la simple razón de facilitar el acceso al empleo público, omitiendo la normativa aplicable.

En líneas generales, a modo de resumen, lo que acontece es, la administración ha venido realizando contratos de obra y servicio o eventualidades, incluso de tareas específicas, de manera continua y sucesiva, de carácter temporal, cuando se trata de una plaza de necesidad permanente, lo que resultaría injustificado, y derivando en un fraude de ley según la normativa laboral.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social, del 18 de marzo del 1991, (RJ1991/1875), expone en su tercer fundamento, en parte ya citado anteriormente, “y *queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral que de él dimana ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso. Negar tal sometimiento, iría en contra del claro mandato del art. 9.1. de la Constitución que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”.

IV. SOLUCIONES

Las soluciones a estos fraudes laborales se han ido estableciendo en los tribunales a través de sentencias.

Por un lado, se encuentran los Tribunales españoles, en los cuales se ha reconocido:

- El despido improcedente por imprecisión en la identificación de las plazas¹⁷.
- Indemnización por despido objetivo a 20 días por año de servicio cuando se amortiza la vacante o cobertura reglamentaria¹⁸.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social de 2 de febrero del 2017, “*el argumento de la recurrente para mantener que no cabía el cese por la cobertura de la plaza se centra en la cuestión de la falta de identificación de las plazas ofertadas en la convocatoria del concurso oposición*”. “*No podemos obviar el hecho de que estamos ante la situación de quien posee la condición de indefinido no fijo, y no está cubriendo necesariamente una particular vacante, pues la naturaleza de su relación se ha generado por la irregularidad de su contratación, sin vinculación directa y expresa con una plaza pendiente de cobertura. Estamos, por tanto, ante un supuesto en que la falta de identificación de la plaza no sólo se da respecto de la convocatoria para su cobertura, sino también respecto de la situación de la trabajadora, de la cual sólo se acredita que presta servicios en determinada categoría profesional y centro de trabajo. Y, ciertamente, llegados a este punto, las circunstancias en que se inserta el litigio permiten sostener que, dada la referencia genérica en la convocatoria, no existen garantías para considerar que el puesto de trabajo de la actora quedaba claramente afectado. No podemos afirmar que la superación del concurso por otro trabajador implicara cubrir una plaza que estuviera ocupada por la actora*”.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social del 28 de marzo del 2017, cuarto fundamento, “*Tal como hemos señalado, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo- obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la*

- Cuando el cese del personal indefinido no fijo se produzca por la amortización de la plaza, ha de acudirse al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores¹⁹.
- Cese por amortización de la plaza fuera del procedimiento de despido colectivo es nulo²⁰.

El Tribunal Europeo recientemente, en concreto, en tres sentencias dictadas en 2016, entró en cuestión sobre las discrepancias que existían en los tribunales

situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato.”

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de lo Social del 11 de mayo del 2017, en la cual, en su quinto fundamento, dicta: “*Los recurrentes, en el otrosí de su escrito de recurso, invocan los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, así como la sentencia de esta Sala de 26 de junio de 2014 (JUR 2014, 197726) (rcud. 217/2013)*”, “*en cuanto que la necesidad de acudir a los preceptos del ET señalados, se debatió tanto en la instancia -en donde precisamente se declaró la nulidad del despido por no haberlo efectuado- como en suplicación, en donde la Sala estimó que ello era innecesario*”. “*Y por imperativos de igualdad, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva (artículos 14 , 9.3 y 24.1 CE), que exigen que, concurriendo las mismas circunstancias de hecho en los trabajadores recurrentes que en los casos resueltos en la sentencia del Pleno de esta Sala de 30 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1811) (rcud. 961/2015), y más recientes sentencias (2) de 04-05-2017 (rcud 1050/2015 y 2091/2017), va a proceder a aplicar la doctrina contenida en dichas sentencias, de modo y manera nuestra decisión alcance el mismo resultado”*”.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de lo Social del 11 de mayo del 2017, segundo fundamento, apartado primero D, “*despido -al igual que los aquí recurrentes- fue declarado nulo en la instancia y procedente por la Sala de Sevilla, siguiendo también la decisión adoptada en la STS de 8 de julio de 2014 (RJ 2014, 4503) (rec. 2693/2013) referida a otro despido del mismo Ayuntamiento de Los Barrios a que se refiere éste recurso, en la que se establecía la doctrina complementaria de que también se aplica aquélla --con arreglo a la que no caben las amortizaciones de puestos de trabajo laborales en las administraciones públicas si no se acude al art. 51 ET (RCL 2015, 1654) -- incluso en supuestos en los que los ceses se hayan producido antes del 12 de febrero de 2012”*”.

españoles sobre cómo tratar el abuso de contratación temporal laboral en la administración española. Primeramente, reconoce la figura del personal indefinido no fijo ante el uso fraudulento de la administración española. Es decir, se les reconoce el derecho a que ocupen el puesto que estaban desempeñando hasta el momento en que sea ocupado por personal fijo.

El TJUE manifiesta, que la renovación de contratos del personal temporal, de manera continuada, para desempeñar un puesto que es de actividad normal dentro de los servicios públicos de la administración, no debe ser de carácter habitual, si no para necesidades provisionales. En otras palabras, en España hasta la actualidad, se estaba reincidiendo de manera incesante en fraude de ley para abastecer necesidades permanentes, con personal temporal. Por ello, este tribunal ha dado un toque de atención sobre la utilización abusiva de los contratos temporales, de manera extendida y persistente, lo que va en contra del Acuerdo Marco y a su vez, por tanto, de la Directiva 1999/70, que, además, desde su punto de vista, crea una situación de precariedad para los trabajadores dentro de la administración, ya sean laborales, funcionarios o estatutarios.

En estas tres sentencias ha reconocido una serie de derechos: el reconocimiento de la antigüedad; en caso de despido por amortización de la plaza o por su ocupación de manera definitiva, una indemnización de 20 días por año de servicio; y la posibilidad regularización de su puesto.

Por su parte, la propia administración ha realizado procesos de funcionarización de este personal laboral. Este proceso, en su inicio no dispuesto para el personal indefinido no fijo, si no para el personal laboral fijo.

Esta conversión se debe a la necesidad de regularizar la relación contractual con el personal laboral, buscar una estabilidad para este colectivo, en lugar de llegar

a producirse un despido²¹. Medio de escape, que debe de emplearse de manera excepcional y extraordinaria²², y solo para aquellos que hayan accedido a la administración ajustándose a los procedimientos y requisitos selectivos ya mencionados anteriormente.

La funcionarización viene recogida en la Disposición Transitoria 15 de la Ley 30/1984 del 2 de agosto, en la cual en su segundo apartado: *“el personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la Ley 23/1988, de 28 de julio, se hallare prestando servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios en la Administración del Estado y sus Organismos autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o el que hubiese adquirido esta condición en virtud de pruebas selectivas convocadas antes de dicha fecha, siendo destinado con ocasión de su ingreso a puestos reservados a funcionarios en el mencionado ámbito, podrá participar en las pruebas de acceso a Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos los correspondientes puestos, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, debiendo valorarse a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados en su condición de laboral, y las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma”*.

Posteriormente el EBEP²³, en su Disposición Transitoria Segunda, también lo recogió.

²¹ *“Alternativa que el propio Tribunal Supremo considera radical y poco adecuada”*. Marcos Peña Molina en el estudio sobre La “funcionarización” de laborales indefinidos no fijos de plantilla

²² Marcos Peña Molina en el estudio sobre La “funcionarización” de laborales indefinidos no fijos de plantilla, recurre a la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 de 11 de junio, para decir que es *“una solución excepcional y extraordinaria para que unos trabajadores fijos”, “puedan incorporarse a esa nueva condición jurídica”*

²³ Disposición Transitoria Segunda: El personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, estuviere desempeñando funciones de personal funcionario, o pasare a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrá seguir desempeñándolos. Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos

La cuestión se plantea si esta conversión es posible también para los indefinidos no fijos y así ajustar, estabilizar, la situación actual, *“porque la única otra opción sería el despido de estos trabajadores, con una indemnización, alternativa que el propio Tribunal Supremo considera radical y poco adecuada, así como costosa en términos económicos e ineficaz para mantener la seguridad de los servicios públicos”*²⁴. Lo que lleva de manera directa al artículo 15 de la Ley 30/1984, en la cual, en su primer apartado, letra c, se limitan y estructuran los puestos dentro de la administración y delimitando, además, a quien le corresponde, si a un funcionario de carrera o laboral, siendo, por tanto, una ordenación estructural. Las Relaciones de Puestos de Trabajo y Plantillas de Personal, dejan fuera a los puestos indefinidos, ya que no están contemplados, por tanto, restringiéndose más aún por la Ley de Presupuestos, ya que no favorece la aparición de nuevas plazas.

Por ello, la solución más factible a la conversión del personal indefinido es, ocupar dicha plaza y, más adelante, realizar el procedimiento de conversión. Es decir, corregir la situación sobrevenida por una irregularidad contractual, no se generan nuevas plazas, sino que, se regularizan las ya ocupadas.

La figura del indefinido no fijo ha ido adquiriendo forma a golpe de sentencia, a causa de su fraudulenta utilización, y consiguiente cese. El objeto en cuestión es la temporalidad de esta figura, y, por consiguiente, su adquisición de indefinido tratando se regularizar este problema, lo que lleva a compararlo con el personal interino vacante.

selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.

²⁴ Marcos Peña Molina estudio sobre La “funcionarización” de laborales indefinidos no fijos de plantilla.

El interino por vacante se encuentra en el 10.1.a, para su nombramiento, se requiere que exista una vacante, nombrándose para el desempeño de funciones propias de un funcionario de carrera de forma temporal, hasta que el titular de esa plaza ocupe su puesto.

Esta temporalidad del interino, con la necesidad de ocupar dicha plaza, se puede entrar a comparar sobre cuáles son las diferencias entre el personal indefinido no fijo y un interino por vacante.

La doctrina más reciente, que ha marcado precedente, es una sentencia del Tribunal Supremo del 24 de junio de 2014²⁵, en la que resuelve:

- a. *“Los contratos de interinidad por vacante están sujetos al cumplimiento del término pactado (la cobertura reglamentaria de la plaza) y que consiguientemente estamos ante una obligación a término y no ante una condición resolutoria, porque las obligaciones condicionales (arts. 1113 y sigs. CC) son aquellas cuya eficacia depende de la realización o no de un hecho futuro e incierto, en tanto que en las obligaciones a término se sabe que el plazo necesariamente llegará, en forma determinada [se conoce que llegará y cuando ello tendrá lugar] o indeterminada [se cumplirá, pero se desconoce el momento].*
- b. *En la interinidad por vacante estamos en presencia de un contrato a término, siquiera indeterminado, que es el momento en que la vacante necesariamente se cubra tras finalizar el correspondiente proceso de selección.*
- c. *La amortización de la plaza por nueva Relación de Puestos de Trabajo (RPT) -permitida por el art. 74 EBEP-, no puede suponer la automática extinción del contrato de interinidad, pues no está prevista como tal,*

²⁵ Ratificada por las sentencias del Tribunal Supremo del 7 y 8 de julio del 2014.

sino que requiere seguir previamente los trámites de los arts. 51 y 52 ET, aplicables al personal laboral de las Administraciones Públicas, y en los que la nueva RPT ha de tener indudable valor probatorio para acreditar la concurrencia de la correspondiente causa extintiva.

- d. *La doctrina es aplicable igualmente a los trabajadores indefinidos no fijos, cuya extinción contractual está igualmente sujeta a la cobertura de la plaza y, en su caso, a la amortización*²⁶.

²⁶ Publicación de la Asociación Nacional de Laboralistas, 1/09/2015

V. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo, se ha expuesto la problemática del abuso del indefinido no fijo en España. Como se ha podido ver, la administración ha usado al personal laboral, y la contratación temporal de manera totalmente contraria a lo dispuesto tanto en la normativa española como Comunitaria, como bien ha expuesto el Tribunal Europeo.

Esta equívoca manera del uso del personal laboral temporal ha llevado a una situación precaria del empleado público, no solo al empleado laboral, debido a que se trata de una falta de personal permanente y estable, lo que sería un déficit estructural, y para cubrirlo, se recurre al personal temporal, lo que acarrea que se produzca fraude de ley.

A falta de normativa, los tribunales han entrado a solucionarlo, creando una evolución de jurisprudencia sobre esta figura e intentando regular sus derechos frente a la administración.

Este año, en consecuencia de la polémica que ha acarreado este fraude en la administración, y consiguiente entrada en los tribunales, el Estado como entidades locales han sacado a convocatoria plazas de empleo público, para cubrir estas necesidades permanentes y estables, en un intento de normalizar el déficit estructural que presenta la administración debido a la alta temporalidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BOLTAINA BOSH, Xavier, *El personal laboral de las corporaciones locales después del Estatuto Básico del empleado público*, Octubre 2010.
- BOLTAINA BOSH, Xavier, *La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos. Especial referencia al personal laboral*.
- GARCÍA GARCÍA, María Jesús, “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: la plasmación en el estatuto del empleado público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 15, 2008.
- NIETO, Nuria de Nieves, “El acceso al empleo público laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Núm. 93, 2011.

Sentencias:

- TJUE Caso Rosado Santana (Sala Segunda) Caso Francisco Javier Rosado Santana contra Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía. Sentencia de 8 septiembre 2011
- TJUE Caso Márquez Samohano (Sala Octava) Caso Antonio Márquez Samohano contra UNIVERSITAT POMPEU FABRA. Sentencia de 13 marzo 2014 TJCE\2014\108
- TJUE Caso Regojo Dans (Sala Tercera) Caso María José Regojo Dans contra Consejo de Estado. Sentencia de 9 julio 2015 TJCE\2015\287
- TJUE Caso Martínez Andrés Caso Florentina Martínez Andrés y Otro contra Servicio Vasco de Salud y Otro. Sentencia de 14 septiembre 2016 TJCE\2016\110
- TJUE Caso Pérez López Caso María Elena Pérez López contra Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid). Sentencia de 14 septiembre 2016 TJCE\2016\107
- TC (Pleno) Sentencia num. 281/1993 de 27 de septiembre RTC 1993/281

- TC (Pleno) Sentencia num. 37/2004 de 11 marzo RTC 2004\37
- TC (Pleno) Sentencia num. 246/2012 de 20 diciembre RTC 2012\246
- Sentencia de la Sala Social del TS de 18 marzo 1991 RJ 1991\1875
- Sentencia de la Sala Social del TS de 20 enero 1998 RJ 1998\1000
- Sentencia de la Sala Social del TS de 21 enero 1998 RJ 1998\1138
- Sentencia de la Sala Social del TS de 21 enero 1998 RJ 1998\1005
- Sentencia de la Sala Social del TS de 24 junio 2014 RJ 2014\4380
- Sentencia de la Sala Social del TS de 2 de febrero de 2017 (rec.53/2015)
- Sentencia de la Sala Social del TS de 9 de marzo de 2017 (rec.2636/2015)
- Sentencia de la Sala Social de 28 de marzo de 2017 (rec.1664/2015)
- Sentencia de la Sala Social del TS de 30 de marzo de 2017 (rec.961/2015)

Páginas web consultadas:

- <http://nexolaboral.com/el-supremo-refuerza-la-estabilidad-del-indefinido-no-fijo-e-incrementa-su-indemnizacion-en-caso-de-cese/>.
- <http://www.elaboralista.com/noticia/la-extincion-del-contrato-indefinido-no-fijo-y-de-interinidad-por-vacante-con-la-administracion-publica/>
- <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10563-el-indefinido-no-fijo-como-personal-laboral-ultimos-giros-jurisprudenciales/>
- <https://delajusticia.com/2017/04/25/asi-aclara-el-supremo-la-figura-del-trabajador-indefinido-no-fijo/>
- <http://nexolaboral.com/el-tjue-condena-a-espana-por-la-abusiva-contratacion-temporal-de-los-funcionarios/>
- <https://alicanteabogado.wordpress.com/2016/10/30/la-conversion-de-interinos-y-personal-estatutario-temporal-eventual-en-indefinidos-no-fijos-en-los-casos-de-contratacion-temporal-en-fraude-de-ley/>
- <http://laadministraciondiala.inap.es/noticia.asp?id=1505554>