

LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO Y SU EXTENSIÓN A LOS FUNCIONARIOS INTERINOS

Mariano Treviño Pascual

*Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Zaragoza*

EXTRACTO

La diferenciación material entre la relación laboral y la funcionarial respecto al contenido esencial de las prestaciones resulta inútil y el Derecho comunitario –tal y como es interpretado por el TJUE– siempre ha dado pruebas de encontrarse más evolucionado que la mayoría de los ordenamientos nacionales, por cuanto que el concepto comunitario de funcionario se equipara al de trabajador por cuenta ajena. Sus sentencias de 14 de septiembre de 2016 tienen un fuerte impacto en nuestro sistema de empleo por prohibir para el personal estatutario contratos temporales sucesivos para cubrir necesidades permanentes y equiparar el personal laboral y el personal en régimen de Derecho administrativo en cuanto al derecho al mantenimiento de la relación de servicios, lo que implica la asimilación entre los trabajadores indefinidos no fijos y los contratados como fijos.

Palabras clave: igualdad de acceso al empleo público, estabilidad en el empleo, trabajadores y funcionarios públicos fijos e indefinidos no fijos, interinos y temporales.

Fecha de entrada: 16-01-2017 / Fecha de revisión: 21-03-2017 / Fecha de aceptación: 21-03-2017

THE FIGURE OF THE NON-PERMANENT PUBLIC EMPLOYEE UNDER CONTRACT OF INDEFINITE DURATION AND ITS EXTENSION TO ACTING PUBLIC SERVANTS

Mariano Treviño Pascual

ABSTRACT

Making a difference between the different kinds of public sector workers regarding the basic content of their performances is useless, and EU Law –as understood by the ECJ- has always proven more evolved than most of the Member States’ legal systems, as the european concept of civil servant runs parallel to that of non self-employed. Its rulings from 14 September 2016 have had an strong impact on our employment system by preventing civil servants from being signed as fixed-term employees chaining successive contract forms to fulfill permanent needs and equaling labor law ruled workers to those under administrative law in their right to a sustainable job performance, which implies to assimilate non-permanent public employee under contract of indefinite duration into permanent ones.

Keywords: equal access to civil service, sustainable job, permanent employee, non-permanent public employee under contract of indefinite duration, civil servant and acting civil servant.

Sumario

- I. La Constitución, el Derecho comunitario y sus referencias a la función pública
- II. Principios constitucionales que informan el régimen jurídico de los empleados públicos
- III. Las irregularidades jurídico-laborales y administrativas en la contratación temporal y la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo
- IV. Medidas adoptadas para reparar a funcionarios y laborales interinos e indefinidos no fijos en las Administraciones públicas en caso de extinción. La presumible laboralización del empleo público
- V. Conclusión

I. LA CONSTITUCIÓN, EL DERECHO COMUNITARIO Y SUS REFERENCIAS A LA FUNCIÓN PÚBLICA

El Tribunal Constitucional estima que la Constitución ha optado «a favor de un régimen estatutario para los servidores públicos» de modo que las excepciones a ese régimen deben ser dispuestas por el propio legislador (reserva de ley en materia de función pública)¹. Y es que la Administración no es libre para determinar qué puestos de trabajo corresponden a funcionarios y a contratados laborales, sino que, como declaró la [STC 99/1987](#) y como ahora sanciona el artículo 11.2 del [EBEP](#), las leyes de función pública que se dicten en su desarrollo deben establecer los criterios necesarios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral.

El desempeño de las funciones públicas por funcionarios sometidos a un régimen estatutario vuelve a erigirse en una regla general de la que solo se exceptúan los supuestos enumerados, que habrán de ser interpretados restrictivamente y que se refieren a puestos de trabajo cuya actuación no parece que pueda comprometer la objetividad, imparcialidad e independencia, en el ejercicio de aquellas funciones. Es este concepto funcional y no institucional de Administración pública (función pública) el que permite al texto constitucional distinguir y no contraponer el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto de los Funcionarios públicos, y es que aunque la [STC 99/1987](#) declaró que la Constitución ha optado «por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos», concluía que la ley determinaría «en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías de acceso al servicio de la Administración pública».

Es más, a partir de la [STJUE de 14 de septiembre de 2016, en los asuntos acumulados \(C-184/15 y C-197/15\)](#), que en su fallo establece que se opone a la [Directiva 1999/70/CE](#) «una norma nacional, como el supuesto controvertido, cuando sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal», es importante resaltar lo que añade: que en la medida en que en estos supuestos «no existe nin-

¹ SAINZ MORENO, F.: «El Estatuto de la Función Pública después de la STC 99/87 y de la Ley 23/88», *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1988, pág. 358.

guna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto» en la [Directiva 1999/70/UE](#), con lo que se produce el fenómeno de los «vasos comunicantes» entre los regímenes jurídicos laboral y administrativo de empleo público con iguales niveles y volúmenes en las prestaciones de las partes, pero con diferentes condiciones de trabajo, al unirlos a través del mismo hilo conductor (fraude a ley en la contratación laboral o desviación del fin legal previsto en la contratación administrativa), se mueven de un régimen a otro hasta igualarse las mismas. Un proceso similar a los relacionados al concepto de presión osmótica y teoría cinética de los gases. Porque por el principio de «vasos comunicantes», las condiciones de trabajo de un régimen que eran diferentes, se igualaron. Algo similar al proceso llamado «ósmosis», pero en este último no siempre se llega al equilibrio.

Todo ello porque la presencia de los patrones constitucionales permite apreciar –al menos en muchos casos– cómo entre el régimen administrativo y el laboral no existe, en sustancia, ninguna diferencia de contenido esencial en cuanto a la prestación de servicios, pues se trata de una mera cuestión de técnica organizativa a utilizar por la Administración indistintamente, con el único requisito de estar facultada para acudir a una u otra forma de vinculación². Régimen administrativo y laboral son técnicas compatibles, dejándose la elección de una u otra técnica organizativa al arbitrio de la ley o de la Administración, quedando su naturaleza inmutable o inmutada, inmutabilidad que determina que sea irrelevante para la calificación³.

Concepto funcional de Administración pública sobre el que ha puesto especial atención el Derecho comunitario por exigencia de consecución de los objetivos de la UE al dar el TJUE un concepto unificado de función pública, para todos los países miembros, a efectos de Derecho comunitario, al señalar que «por empleos en la Administración pública deben entenderse un conjunto de empleos que suponen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la defensa de los intereses generales del Estado o de las demás colectividades públicas y que, por ello, suponen que exista por parte del interesado una relación especial de solidaridad con respecto al Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes en que se fundamenta el vínculo de la nacionalidad».

Los Estados miembros han venido defendiendo una concepción institucional u orgánica de la Administración pública, al considerar como empleos sujetos a la excepción todos los que se

² SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La creación jurisprudencial del "personal indefinido no fijo": Situación actual», en Arias Domínguez, Á. y Rodríguez Muñoz, J. M. (coords.), *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Navarra: Aranzadi, 2015, págs. 127-128.

³ ALONSO OLEA, M.: «Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal al servicio de las Administraciones Públicas», en *Libro Homenaje a Villar Palsí*, Madrid: Civitas, 1991, pág. 59.

presten en el servicio de la Administración. La naturaleza pública o no de la institución en que se desenvuelve el trabajo determina la aplicación de la excepción. Como reacción a la concepción institucionalista, el TJUE ha hecho gravitar la noción de empleo público sobre el objeto (la naturaleza del trabajo a desarrollar) y no sobre el sujeto público empleador, concepción funcional. Confirmándose una visión restrictiva de la reserva/excepción⁴.

⁴ MARTÍNEZ MOYA, J.: «La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público. La exclusión de los empleos en la Administración pública contemplada en el art. 49.4 del Tratado de la Comunidad Europea. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *Libertad de circulación de trabajadores Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, Madrid: CGPJ, 2002, pág. 200.

[Asunto C-152/73, de 12 de febrero de 1974](#), Giovanni María Sotgin contra Deutsche Bundespost. Demanda de decisión prejudicial:

«[...] que el artículo 48.4 TCEE debe ser interpretado en el sentido de que la excepción prevista por esa disposición concierne exclusivamente al acceso a los empleos relevantes de la Administración Pública y que el carácter del vínculo jurídico entre empleado y administración es indiferente a estos efectos».

[Asunto C-149/79, de 17 de diciembre de 1980](#), Comisión versus Bélgica:

«Esta disposición (art. 48.4) deja fuera del campo de aplicación de los tres primeros párrafos de ese mismo artículo un conjunto de empleos que comportan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otros colectivos públicos. Tales empleos suponen para sus titulares una relación especial de solidaridad con respecto al Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de la nacionalidad».

«[...] el artículo 48.4 se refiere a empleo que comportan el ejercicio de autoridad pública y la atribución de responsabilidades para salvaguardar los intereses generales del Estado, permite a los Estados miembros reservarse, por las reglamentaciones apropiadas, a sus nacionales el acceso a los empleos que comportan el ejercicio de tales prerrogativas y responsabilidades al interior de una misma carrera, de un mismo servicio o de un mismo cuerpo».

[Asunto C-307/84, de 3 de junio de 1986](#), Comisión versus Francia:

«[...] para determinar si los empleos son empleos en la Administración Pública en el sentido del artículo 48.4 TCEE, conviene buscar si los empleos del caso tienen o no características de las actividades específicas de la Administración Pública en tanto en cuanto esta investida del ejercicio de poder público y de responsabilidades para defender los intereses generales del Estado».

[Asunto C-66/85, de 3 de julio de 1986](#), Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Wurtemberg:

«[...] que el acceso a ciertos empleos no podría ser limitado por el hecho de que en un Estado miembro dado, las personas llamadas a aceptar esos empleos sean colocadas bajo el estatuto de funcionario. Hacer depender la aplicación del artículo 48.4 TCEE de la naturaleza jurídica del vínculo que une al trabajador a la Administración permitiría, en efecto, a los Estados miembros la posibilidad de determinar a su gusto, los empleos cubiertos por esa disposición de excepción».

«Como el Tribunal ha precisado en el asunto 17-12-1980 C/B, 149/79 hay que entender por empleos en la Administración Pública en el sentido del artículo 48.4, excluidos del campo de aplicación de los párrafos 1 y 3 de ese artículo, un conjunto de empleos que comportan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otros colectivos públicos. Tales empleos suponen para sus titulares una relación especial de

En el caso de España, contribuye a justificar esta visión más severa de la exclusión lo que ha venido en llamarse «la imparable laboralización del funcionario público» y de la función pública. Lo que constituye un fenómeno que coadyuva a explicar la selección natural entre el personal de la Administración pública investido de poder o potestad pública, de aquel que está fuera del foco o área de autoridad. A ello se une la compleja situación normativa sobre modalidades de prestación de servicios (funcionarial, estatutaria, laboral y excepcionalmente administrativa) para la Administración pública⁵.

En definitiva, el Derecho comunitario se fija no en el vínculo jurídico entre trabajador y Administración que lo emplea (criterio institucional), sino en las tareas y responsabilidades que comporta el empleo (criterio funcional). De manera que los puestos de trabajo que impliquen «el ejercicio de las funciones que supongan 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 [...]» (art. 9.2 EBEP).

Que a colectivos que realizan similares funciones les sean de aplicación previsiones legales diferentes no crea sino disfuncionalidades, de ahí que se propugne *de lege ferenda* poner fin a esta dicotomía. Por tanto, todo intento de diferenciación material entre la relación laboral y la funcionarial respecto al contenido esencial de las prestaciones resulta inútil. En ambas se dan las notas que caracterizan la relación laboral: voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución⁶.

Y es que en el sentido del artículo 45 del TFUE, «[l]a característica de la relación laboral radica [...] en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una retribución [...]. Por lo tanto, la relación de dependencia y el pago de una retribución forman los elementos constitutivos de toda relación laboral asalariada, siempre que la actividad profesional de que se trate presente un carácter real y efectivo [...]. Esta afirmación no queda desvirtuada porque la relación laboral [...] se inscriba dentro del marco de la "función pública" [...]. En efecto, según

solidaridad con respecto al Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de la nacionalidad. Los empleos excluidos son únicamente aquellos, que impliquen tareas y responsabilidades susceptibles de revestir las características de actividades específicas en los términos antes dichos».

[Asunto C-270/13, de 10 septiembre 2014](#), Iraklis Haralambidis contra Calogero Casilli de 10 septiembre 2014:

«A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el concepto de "Administración pública" en el sentido del artículo 45, apartado 4, se refiere a los empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen, pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad».

⁵ MARTÍNEZ MOYA, J.: «La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público...», *op. cit.*, pág. 202.

⁶ SÁNCHEZ RODA NAVARRO, C.: «El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, Madrid, 2002, pág. 48

reiterada jurisprudencia, la naturaleza de Derecho público o privado del vínculo jurídico de la relación laboral no es determinante para la aplicación del artículo 45 TFUE» (apdos. 28, 29, 39 y 40 [STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-270/13, Iraklis Haralambidis c. Calogero Casilli](#)).

Por tanto, cuando el artículo 45.4 del [TFUE](#) excluye del ámbito de aplicación de la libre circulación de trabajadores a los empleos en la Administración pública no distingue, ciertamente, «entre los ocupados por funcionarios y los ocupados por otros agentes», lo que demuestra, a juicio del Tribunal de Justicia, que «los funcionarios se cuentan entre los empleados o trabajadores por cuenta ajena», por lo que «en el sistema del Tratado, los funcionarios son considerados como trabajadores por cuenta ajena» ([STJUE de 24 de marzo de 1994, asunto C-71/93, Van Poucke](#))⁷. En fin, cabe destacar cómo el Derecho comunitario –tal y como es interpretado por el TJUE– da pruebas de encontrarse más evolucionado que la mayoría de los ordenamientos nacionales, por cuanto el concepto comunitario de funcionario se equipara al de trabajador por cuenta ajena⁸.

Y ciertamente la «eficacia» directa se extiende igualmente –aunque en forma muy limitada– a una parte del Derecho derivado, al sentarse el criterio de que las directivas pueden ser directamente aplicadas en los Estados miembros en los supuestos de falta de ejecución o ejecución incorrecta (la llamada eficacia «reaccional»), siempre que sean «incondicionales y suficientemente precisas», de forma que impongan «una obligación en términos inequívocos». Su operatividad se limita al marco de las relaciones verticales (poderes públicos/particulares) y en sentido unilateral (solo los particulares pueden invocar la directiva frente a los poderes públicos), lógicamente la misma permite la interpenetración y unificación de los regímenes laboral y administrativo en el empleo público como ponen de manifiesto las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos [C-16/15](#) y los acumulados [C-184/15](#) y [C-197/15](#).

Y puesto que la Administración pública se dirige siempre a la consecución de los intereses generales, está abocada al respeto de unos fines y a la satisfacción de unos intereses, dirección esta en la que no es libre, sino interferida constantemente por las decisiones del constituyente y del legislador y sujeta, en todo momento, al control de los tribunales, debiendo respetar los derechos fundamentales de los que se encuentran dentro de ella; por lo que debe garantizar «la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones» por los empleados públicos, donde todo el mundo leyó: no hay mayor garantía de dicha imparcialidad que la inamovilidad en el puesto de trabajo, en definitiva, la inamovilidad –entendida como estabilidad/inamovilidad en el empleo (arts. 35.1 y 103.3 [CE](#), y 14 a) [EBEP](#))– tiene más que ver con la permanencia y esencialidad del servicio público en cuestión que con la imparcialidad, en el ejercicio de la función pública que –siendo el origen histórico de la inamovilidad de los funcionarios– debería hoy considerarse asegurada por

⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «El ámbito subjetivo de aplicación de la libre circulación de trabajadores (El concepto de trabajador en el Derecho comunitario europeo: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia)», en *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, Madrid: CGPJ, 2002, pág. 59.

⁸ SÁNCHEZ RODA NAVARRO, C.: «El concepto de trabajador...», *op. cit.*, pág. 49.

las normas de un sistema democrático que garantiza los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los ciudadanos y, por ende, de los empleados públicos, sea cual sea la naturaleza jurídica de su relación de prestación de servicios.

II. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE INFORMAN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Consecuentemente, la expectativa a incorporarse a un puesto de trabajo no es solo el interés jurídicamente tutelado de los empleados públicos, sino también la continuidad y permanencia en él mediante el principio de inamovilidad/estabilidad en el empleo que puede ser definido como aquel en virtud del cual mantienen indefinidamente el vínculo jurídico que les une a la Administración, sin poder ser libremente separados por esta, así pues, la inamovilidad presenta la cara de la estabilidad en el empleo. Por tanto, la protección no se ciñe exclusivamente a la regulación de la extinción, sino que alcanza a instituciones como el fraude de ley o la desviación de poder en la contratación temporal, pues del/a mismo/a puede derivar un riesgo para la continuidad de la relación de servicios.

De antiguo, normas, decisiones judiciales y doctrinas de los autores mostraron la preferencia de nuestro derecho por el contrato por tiempo indefinido, hasta el punto que pudo decirse del mismo que era la regla general. Así surgió el principio denominado estabilidad en el empleo, relegándose a un segundo plano en cuanto a la duración la sumisión a lo pactado, si el pacto contradecía la duración real del trabajo⁹. De ahí, la aparente presunción que abría el artículo 15.1 del ET: «El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido». Lo que suponía una manifestación a favor del contrato por tiempo indefinido, que desaparece a partir de la reforma de 1994.

La centralidad o tipicidad jurídica de la contratación laboral indefinida, como manifestación más importante del principio estabilidad en el empleo, concretada en la preferencia normativa por la contratación laboral fija, esto es, no sometida a término final predeterminado o predeterminable, reaparece en la [STJUE de 14 de septiembre de 2016, en el asunto C-16/15](#), que establece que «la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la *premisa* en la que se basa dicho Acuerdo marco, a saber, que los *contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común* de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades» (apdo. 48), y hay un argumento jurídico de peso para sostener dicha centralidad, que la contratación indefinida común (ordinaria) actúa como referencia, ejerce su *vis*

⁹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E., *Derecho al Trabajo*, Madrid: Civitas, 2009, pág. 363.

atractiva, en todos los casos en que la contratación temporal no se acomoda al ordenamiento jurídico vigente. La *vis atractiva* no tiene prevista excepción o modalización alguna en el ámbito del sector público, a nivel normativo al menos, de manera que solo se considerará el Derecho laboral.

Con semejantes premisas de partida, y *a priori* sería de aplicación a los entes públicos el [artículo 15.3 del ET](#) y la presunción de indefinidos de aquellos vínculos de duración determinada celebrados en fraude de ley, tras la pérdida del carácter temporal del trabajo y su conversión en permanente, bien por finalización del contrato temporal o bien porque dejó de serlo porque nunca lo fue, por realizar siempre labores permanentes, normales y constantes de la Administración pública y quedar desnaturalizada la relación temporal. Hay que recordar que rige el principio de que las necesidades permanentes –la actividad normal, habitual y continuada– han de proveerse con personal fijo, esto es, con trabajadores contratados por tiempo indefinido, regla aplicable incluso si el trabajo permanente o normal surge después de la celebración del contrato, durante su ejecución¹⁰; tampoco se debe olvidar que jurisprudencia reiterada y firme, sin duda ni contradicción declaró que los pactos por los cuales se van sucediendo respecto de un mismo trabajador, sin solución de continuidad, contratos «encadenados» (contratos sucesivos) por tiempo cierto sin razón suficiente con la finalidad de poder despedir libremente, constituye un verdadero fraude de ley o un claro abuso de derecho. En suma, un acto realizado al amparo del texto de una norma ([art. 15.1 ET](#)) persiguiendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (el atentado a la estabilidad en el empleo) y tiene como consecuencia, conforme al artículo 6.4 del CC, «la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir»: el [artículo 15.3 ET](#)¹¹. Por lo que, al emerger el fraude de ley en la contratación entre las partes, se acudiría a las figuras legalmente amparadas en los artículos [49.1 l\)](#) y [51](#) o [52 del ET](#), cuando no se haya realizado la contratación laboral con sujeción a contenido presupuestario, por ausencia o insuficiencia de presupuesto.

De la misma manera ocurriría en el caso del personal funcional y estatutario pese a no ser aplicable la teoría del fraude de ley (aparentando respetar la literalidad de la ley –apariencia de licitud–, eluden gravemente su finalidad) al vínculo funcional/administrativo, pero sí la desviación de poder (que supone un ánimo predeterminado de utilizar las facultades de la Administración con fines distintos de los previstos por la ley), es decir, que la actuación administrativa constituye «desviación de poder» cuando refleja una disfunción manifiesta entre el fin objetivo (garantizar el mantenimiento de los servicios públicos) que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, desviación de poder que en el ámbito laboral comporta el fraude de ley; por: «48. [...], la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, [...] en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone direc-

¹⁰ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: *Derecho al Trabajo*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1993, pág. 239.

¹¹ STS de 22 de abril de 2002 (RCUD 1431/2001) y las que cita, en pág. 292, nota 24. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E., *Derecho al Trabajo*, Madrid: Civitas, 2005.

tamente a la premisa de que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades»; «53. [...] existencia de tal modalidad, que permite [...] convertir un contrato de duración determinada en una relación laboral por tiempo indefinido, puede ser un recurso eficaz contra la utilización abusiva de los contratos temporales» (STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud [Comunidad de Madrid]); y cuando «41. [...] una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada [...] ha de evitar, en dicho sector, con otra medida efectiva [...] la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada», pero incluso más que eso «52. [...] que todos los trabajadores con contratos de duración determinada han de poder conseguir se apliquen a su empleador las sanciones previstas en su ordenamiento nacional cuando sufran abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno» (STJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud y Juan Carlos Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz).

Además, el derecho de acceso de todos los ciudadanos al empleo público en condiciones de igualdad, que ahora recuerda el artículo 55 del EBEP, es un derecho fundamental proclamado en la Constitución (arts. 14 y 23.2). También esto es importante porque dispone que los principios de igualdad, mérito y capacidad son aplicables tanto a la selección de personal funcionario como de laboral fijo o temporal, debiendo respetarse en la selección de personal laboral temporal por parte de las organizaciones públicas en el acceso a cualesquiera empleos públicos, pues los mismos no solo están reservados para los puestos fijos. En este sentido no debe olvidarse que el artículo 55.2 del EBEP, que tiene carácter básico, como antes el derogado artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (LMRFP), no distingue entre personal laboral fijo y temporal, como tampoco lo hace entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos¹², para evitar cualquier tipo de confusión o huida interesada del régimen público de selección.

Del contenido esencial del derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad al empleo público forman parte ineludiblemente los principios de mérito y capacidad, y el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión despliega su eficacia en la exigencia misma de convocatoria pública y de libre acceso a los puestos de trabajo vacantes. Es decir, de él forman parte el principio de publicidad, junto a los de mérito y capacidad y a los de igualdad y no discriminación, no alcanzando solo al acceso al empleo sino también al desarrollo, vicisitudes y extinción de las relaciones jurídicas de empleo, ya administrativas ya laborales¹³.

¹² VIVERO SERRANO, J. B.: *El acceso al Empleo Público en Régimen Laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pág. 148.

¹³ *Ibidem*, págs. 48-49.

Y aunque se piense que si se concilia el principio de imposibilidad/inamovilidad en el empleo con los de igualdad, mérito y capacidad; puesto que, en efecto, los procesos selectivos de personal fijo son mucho más exigentes que los de personal temporal, mientras los segundos no eliminen o desnaturalicen del todo los principios de mérito y capacidad (se trata de hacer compatibles la selección suficientemente objetiva, que respete el derecho constitucional a acceder en condiciones de igualdad al empleo público, con la eficacia y rapidez de los procesos selectivos, de modo que se respete también el principio constitucional de eficacia de la actuación administrativa del art. 103.1 CE), circunstancia que impide aplicar sin más la normativa laboral sobre la *vis atractiva* del contrato indefinido común, inequívocamente pensada para el sector privado, aplicación que contravendría el derecho constitucional a acceder en condiciones de igualdad al empleo público, y *a fortiori* muchos ciudadanos titulares el derecho constitucional a acceder al empleo público en condiciones de igualdad concurrirían a los procesos selectivos para puestos de trabajo fijo y no, en cambio, para los temporales, al ser las condiciones de trabajo bien diferentes, de modo que la conversión de los puestos convocados como temporales en fijos en virtud de la *vis atractiva* del contrato indefinido común contravendría frontalmente el citado derecho constitucional¹⁴

Tal argumentación puede neutralizarse por aplicación del principio de seguridad jurídica, en la medida en que el principio de publicidad forma parte del derecho constitucional a acceder en condiciones de igualdad al empleo público y comprende la convocatoria pública abierta al público en general, a la ciudadanía; es decir, de libre acceso, y publicada de manera suficiente para que todos los aspirantes potenciales puedan tener oportuno conocimiento de la misma y adoptar las decisiones correspondientes, con conocimiento de todas las consecuencias que derivan de presentarse o no presentarse a los puestos de trabajo convocados con carácter temporal, entre ellas la de la posible consolidación en el empleo público consecuencia de irregularidades o fraude a ley/desviación de poder en la contratación temporal de servicios.

Y porque la referencia a los principios de mérito y capacidad se suele realizar de manera conjunta, como si se tratase de un mismo concepto, «méritos» y «capacidades». Vinculando al segundo aquellos aspectos que se acreditan en pruebas teóricas o prácticas cuya finalidad perseguida es la de constatar los conocimientos y aptitudes de los aspirantes, lo que conlleva ineludiblemente la asociación del concepto de capacidad al sistema de selección basado en la «oposición». Mientras que, en relación con el primero de ellos, esto es, los méritos, englobaría aquellos aspectos que hacen referencia a las cualidades-habilidades adquiridas por los aspirantes durante su trayectoria profesional, cuya acreditación se lleva a cabo por medio del instrumento selectivo denominado «concurso»¹⁵, y es que ambos garantizan «el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación».

¹⁴ VIVERO SERRANO, J. B.: *El acceso al Empleo Público...*, op. cit., pág. 194.

¹⁵ RAMOS MORAGUES, F.: «Los principios rectores de acceso al empleo público», en *El Estatuto Básico del Empleado Público*, vol. I, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, pág. 716.

Y ello es tanto más así cuanto que, hoy por hoy, el debido respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública (que era la otra cara de la inamovilidad) se han generalizado legalmente como principios de necesario respeto para acceder al empleo público en general y bajo cualquier forma de relación jurídica, sea funcionarial o laboral. Así, el artículo 55.1 del EBEP dice: «1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral, mediante procedimientos en que se garanticen los principios constitucionales antes expresados [...]». Por lo tanto, esa especialísima exigencia ya está homogeneizada para todos los empleados públicos sin distinción y, por lo tanto, no puede servir para justificar ningún trato diferencial entre unos y otros a efectos de estabilidad/inamovilidad en el empleo.

Por tanto, la doctrina del Tribunal Supremo citada en las notas 10 y 11 a pie de página sobre los casos más claros de fraude está plenamente vigente y es compatible con la [Directiva 1999/70/CE](#), ya que la cláusula 5 de la citada directiva que autoriza «introducir medidas para prevenir los abusos por la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada a los Estados miembros [...], cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos» ya operaba en España el fraude a ley en el contratación temporal y toda la doctrina jurisprudencial que determinaba en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) *se considerarán «sucesivos»* (pues la jurisprudencia partía del criterio de unidad del vínculo aunque entre un contrato y otros hayan transcurrido periodos superiores a 20 días de caducidad para reclamar por despido, supuestos en que se entiende que ha habido un solo contrato de carácter indefinido, incluso aunque se hayan producido interrupciones, o se hayan combinado con contratos administrativos, aunque estos sean últimos, siendo competente la jurisdicción social), y b) «se considerarán celebrados por tiempo indefinido». Así, desde un primer momento, se consideró plenamente aplicable al sector público la presunción a favor del carácter indefinido (fijo) de la relación laboral, sin que con ello se viesen afectados los principios que rigen el acceso al empleo público.

Criterio que confirman para el personal funcionario y estatutario las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016 ([C-16/15](#)) y ([C-184/15](#) y [C-197/15](#)) cuando la primera señala: «48. [...], la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, [...] en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa de que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades», «53. [...] existencia de tal modalidad, que permite [...] convertir un contrato de duración determinada en una relación laboral por tiempo indefinido, puede ser un recurso eficaz contra la utilización abusiva de los contratos temporales»; y la segunda añade que «41. [...] una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada [...] ha de evitar,

en dicho sector, con otra medida efectiva [...] la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada», pero incluso más que eso «52. [...] que todos los trabajadores con contratos "de duración determinada" han de poder conseguir se apliquen a su empleador las sanciones previstas en su ordenamiento nacional cuando sufran abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno».

La aplicación del artículo 15.3 del ET era consecuencia del respeto de los principios de legalidad y seguridad jurídica contenidos en el artículo 9.3 de la CE y también del principio de estabilidad en el empleo, al que no es posible renunciar. Y, así, el Tribunal Supremo establecía que la primacía absoluta corresponde a la legalidad laboral, a la *vis atractiva* del contrato indefinido común conforme al artículo 15.3 del ET y a otros preceptos más. En efecto, el artículo 15.3 del ET prescribe que «se entenderán por tiempo indefinido los contratos celebrados en fraude de ley», de manera que un contrato temporal celebrado incumpliendo las condiciones legales tiene esa consecuencia, en detrimento del empresario. Tratándose de la Administración pública consideró tan aplicable esta regla como a la empresa privada, lo que favoreció la extensión de fraudes en la contratación temporal¹⁶. Se estimaba que la Administración pública está sujeta al artículo 15 del ET, y por ello debe declararse la fijeza del trabajador contratado sucesivamente¹⁷.

¹⁶ La STS de 18 de marzo de 1991 (RCUD 1072/90) defendía que «las Administraciones públicas cuando actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales no están exentas de atenerse y tienen que respetar la normativa general, coyuntural y sectorial que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo, otra opción chocaría con el principio constitucional de legalidad; tampoco existe prohibición alguna [...] de que dichas Administraciones puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente y al margen de la relación de empleo, de carácter administrativo, que mantienen o puedan mantener con sus funcionarios. En definitiva, no es posible eludir el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes reguladoras y, mediante, generadoras de derechos y obligaciones para las Administraciones públicas, si bien con la salvedad [...] de que la fijeza que pudiese alcanzarse no permite, por supuesto, alterar la naturaleza jurídica de la relación afectada, transformándola en administrativa y produciendo la integración del trabajador en el marco funcional».

¹⁷ Pues la STS de 6 de mayo de 1992 (RCUD 1600/1991) añade «desde esta perspectiva enjuiciadora, aunque tratándose de una Administración Pública, sujeta en materia de selección de su personal a los principios de igualdad, de mérito y de capacidad –artículos 14 y 103 de la Constitución Española– y a la preceptiva oferta pública de empleo mediante la oportuna convocatoria a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición –artículo 19 de la Ley de la Función Pública, 30/1984, de 2 de agosto– no sea dable presumir el fraude en su actuación seleccionadora, sin embargo, no cabe desconocer, tampoco, que cuando dicha Administración Pública se desenvuelve en el ámbito de la contratación laboral debe someterse, con el mayor rigor posible, a las específicas normas reguladoras del contrato de trabajo». Para concluir que «la especial posición de la Administración Pública respecto a la selección del personal a su servicio no puede, en modo alguno, legitimar, siempre y en todo caso, una inercia en los mecanismos propios de selección que justifique el uso anormal y antirreglamentario de fórmulas sustitutorias de contratación laboral, en manifiesto quebrantamiento de la normativa reguladora de esta última y en notorio perjuicio de las personas que acceden a tal forma de vinculación jurídica. Sostener que tal inercia administrativa puede configurar una esencial temporalidad en las tareas o servicios públicos que se ven afectados por la misma puede resultar claramente abusivo y, en cualquier caso, atentatorio al interés, jurídicamente protegible, de seguridad en el empleo del trabajador que es contratado para la atención de dichas tareas o servicios».

III. LAS IRREGULARIDADES JURÍDICO-LABORALES Y ADMINISTRATIVAS EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y LA FIGURA JURISPRUDENCIAL DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO

No debe olvidarse que el indefinido no fijo surge como reacción a una jurisprudencia que insiste en el respeto por parte de las Administraciones públicas al principio constitucional de legalidad –arts. 9.3 y 103.1 CE–, pero considerando solo la legalidad laboral y, por tanto, obviando la legalidad constitucional y administrativa que exige el respeto de determinados principios en el acceso al empleo público que no se cumplimentaban, porque era escaso, por no decir nulo, el rigor de los procesos selectivos de personal laboral temporal durante los años ochenta y principios de los noventa; así por las SSTS de 20 y 21 de enero de 1998 (RCUD 317 y 315/1997), se destaca que «el alcance de esta posición ha sido de nuevo matizado a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996, en la que se establece que "la contratación en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, *como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido*". Por lo que, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo introdujo un importante matiz en su doctrina, para establecer que «la contratación laboral en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar (a quienes se encuentran en esa situación) a trabajadores fijos de plantilla». Eso quiere decir que aunque el trabajador con contrato temporal al que se le prolongue la relación de empleo se considere con «contrato indefinido», no consolida la situación de «fijeza», que solo puede alcanzarse mediante los correspondientes procedimientos selectivos. Extendiéndose la doctrina que validaba el cese acordado por una Administración pública con respecto a la extinción del contrato de interinidad por vacante –STS de 14 de marzo de 2002 (RCUD 3191/2001)–, al contrato indefinido, argumentando –en la *STS de 27 de mayo de 2002 (RCUD 2591/2001)*– que la norma no prohíbe la amortización de vacantes, ni recorta la potestad organizativa de la administración y su autonomía de crear y suprimir puestos de trabajo.

La condición de trabajador fijo se adquiere mediante la superación de un procedimiento selectivo convocado públicamente, mientras que el trabajador indefinido no consolida su estabilidad en la Administración hasta que no supere el correspondiente proceso de selección convocado públicamente al efecto. El trabajador fijo goza del derecho de estabilidad, mientras que el contrato del trabajador indefinido se extingue en caso de que, convocado su puesto de trabajo, sea seleccionada una tercera persona. La ocupación definitiva y mediante un procedimiento reglamentario de selección de la plaza desempeñada por el trabajador en virtud de un contrato temporal, que fue declarado indefinido por sentencia firme, hace surgir una causa de extinción del contrato, subsumible en el [artículo 49.1 b\) del ET](#), pues se entiende equiparable, en sus efectos, a la del contrato de interinidad por vacante.

De la misma manera, la figura del funcionario interino responde a una necesidad de la organización administrativa, la de poder contar con personal que ejerza funciones o desempeñe puestos

de trabajo reservados a funcionarios, reclutado de manera ágil y urgente, cuando por circunstancias justificadas no sea posible contar con un funcionario de carrera para esas tareas.

Ahora bien, el funcionario interino carece del elemento consustancial al régimen de la función pública de carrera, la estabilidad o inamovilidad en la condición de funcionario. Por eso, y puesto que la inamovilidad es garantía de la independencia y profesionalidad que la Constitución atribuye al régimen de la función pública, el nombramiento de interinos no puede dejarse a la discreción de cada Administración pública, sino que debe obedecer a causas legalmente tasadas.

Aunque tradicionalmente la legislación funcionarial contemplaba como única fórmula de prestación temporal de servicios profesionales la figura del funcionario interino para cubrir las vacantes hasta que la plaza sea provista por procedimiento legal y pervive en el artículo 10 del [EBEP](#) como primera de las causas que lo justifican, últimamente, si los puestos de trabajo a desempeñar no son funciones públicas, se había preferido el contrato laboral al que se denomina de «interinidad por vacante», sujeto, conforme a lo dispuesto en el [artículo 49.1 b\) del ET](#), a las causas consignadas válidamente en el contrato, que obviamente no constituyan un abuso de derecho manifiesto del empleador.

El [EBEP](#), Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, ha dado respaldo legislativo expreso a la figura jurisprudencial del «trabajador indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas», concretamente su artículo 8.2 dispone que los empleados públicos se clasifican en: «d) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal», y el artículo 11.1 del propio Estatuto establece que «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, este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal».

La figura del indefinido no fijo viene planteando grandes problemas de interpretación en los supuestos en los que estos trabajadores no ocupan una plaza prevista en el elenco de puestos de trabajo que configuran la plantilla o relación de puestos de trabajo (RPT) de la entidad pública. Esto es lo que ocurre con trabajadores falsamente contratados como temporales cuando en realidad van a atender requerimientos permanentes de la Administración pública o cuando se supera la duración máxima temporal prevista en la legislación laboral para ciertos contratos de duración temporal (pues no hay obligación de incluir en la RPT los puestos ocupados por trabajadores temporales) o aquellos provenientes del reconocimiento de una relación laboral bajo la forma de falso autónomo, pues el [EBEP](#) tampoco consigue hacer desaparecer el contrato administrativo de prestación de servicios, que mantiene la [Ley de Contratos del Sector Público](#)¹⁸.

¹⁸ SELMA PENALVA, A.: «El trabajador "indefinido no fijo" en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura», *Relaciones Laborales*, núm. 11, noviembre 2014, año 30, tomo 1, La Ley, La Ley 7708/2014, pág. 21.

Por eso, en la figura del interino por vacante la vacante está identificada y vinculada a una oferta pública de empleo integrándose una causa de temporalidad, a diferencia del indefinido no fijo, el cual se equipara al fijo, y aunque se entiende que es posible el cese por cobertura reglamentaria de la plaza o por amortización del puesto de trabajo, presta servicios sin causa temporal y sin vinculación a una vacante concreta. Las diferencias entre estas dos fórmulas contractuales no residen en la extinción del contrato, sino en la vigencia y el desarrollo del mismo¹⁹. En suma, si bien los trabajadores indefinidos no fijos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, vienen prestando servicios sin causa de temporalidad alguna y sin vinculación directa con vacante concreta. No hay, por tanto, equiparación mimética a los interinos por vacante, ligados estrictamente a un proceso de cobertura.

Es cierto que el EBEP no dio respuesta alguna a la situación de quienes hayan podido ser considerados trabajadores indefinidos como consecuencia del uso irregular de la contratación temporal por parte de los empleadores públicos, pero esa falta de expresa mención *supone*, precisamente, *la equiparación entre estos trabajadores y los contratados de forma indefinida ab initio*, con independencia de que *estos últimos se hallen sometidos al proceso de determinación de puestos de trabajo regulado en el artículo 15 de la LMRFP*. Es decir, la provisión de puestos de trabajo de funcionarios y la formalización de nuevos contratos de personal exigen que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones, salvo que se trate de contratos de duración determinada para la realización de tareas de carácter no permanente²⁰. Además, solo pueden ofertarse plazas dotadas presupuestariamente o que figuren en las RTP o, en su defecto, en los catálogos o plantillas²¹.

La consecuencia legal de las irregularidades en la contratación temporal no es la conversión del contrato en un contrato de interinidad por vacante, sino la conversión en un contrato por tiempo indefinido. La diferencia entre el trabajador fijo y el indefinido no fijo estriba en la obligación de la Administración de proceder a la cobertura del puesto de trabajo con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad. La remisión que el EBEP hace a la legislación laboral nos conduce a *la equiparación entre los que han podido ser considerados trabajadores indefinidos como consecuencia del uso irregular de la contratación temporal por parte de los empleadores públicos, y los contratados de forma indefinida ab initio*.

Además es evidente que el contrato de interinidad por vacante ha pasado de estar sujeto a condición a ser un contrato sometido a término, pero se debe advertir que se mantiene la expectativa de consolidación para el interino porque «el contrato de interinidad por vacante había superado el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que quedó desierta, por lo que, de conformidad con los artículos 70.1 de la Ley 7/2007 (EBEP) y 4.2 b) del Real Decreto

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: «Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral», en Castillo Blanco, F. A. y Monereo Pérez, J. L. (coords.), *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos administrativos y laborales*, Granada: Comares, 2015, pág. 249.

²⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de Función Pública*, 6.ª ed., Madrid: Tecnos, 2011, pág. 105.

²¹ *Ibidem*, pág. 107.

2720/1998, la relación de la demandante se había convertido en indefinida no fija» (SSTS de 14 y 15 de julio de 2014 –[RCUD 1807/2013](#) y [1833/2013](#), respectivamente–).

Y así también la [STS de 14 de julio de 2014 \(RCUD 2052/2013\)](#) señala y resume muy bien que: «3. [...] se ha rectificado el criterio precedente y se ha mantenido: a) que 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. 1.113 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 RPT –permitida por el art. 74 EBEP–, no puede suponer la automática extinción del contrato de interinidad, pues no está prevista como tal, sino que requiere seguir previamente los trámites de los arts. 51 y 52 ET, aplicables al personal laboral de las Administraciones públicas (arts. 7 y 11 EBEP), 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».

A partir de la [STS de 24 de junio de 2014 \(rec. núm. 217/2013\)](#), cuya doctrina es reiterada por las SSTS de 14 de julio de 2014 ([RCUD 1807/2013](#) y [2052/2013](#)) –y por varias más, así la de 7 de julio de 2016 ([RCUD 2536/2014](#))– se ha puesto fin a una doctrina errónea, injusta y que ha producido en los últimos tiempos un perjuicio social grave: un indeterminado –pero no pequeño– número de trabajadores de las Administraciones públicas españolas han perdido su trabajo –en ocasiones tras muchos años de servicio– por causas a ellos no imputables y sin haber percibido indemnización alguna y que completa entre otras la [STS de 6 de octubre de 2015 \(RCUD 2592/2014\)](#) al decir que «los contratos del personal indefinido no fijo [...] están sujetos a duración determinada –hasta la cobertura reglamentaria de la vacante– [...], pues precisamente por esa causa, que era la válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET, a la que se anuda las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto, desde el momento en que la calificación del contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en la contratación temporal, en la que a pesar de las mismas no cabe alcanzar la condición de fijo»; lo que realmente debería ocurrir, aun cuando se mantienen las diferencias entre indefinidos no fijos y fijos que está en la existencia de la obligación de proveer reglamentariamente aquellos y en la preferencia de estabilidad de estos, no en la liberación del procedimiento adecuado de amortización-extinción.

En el [EBEP](#) –arts. 8.2 c) y 11.1–, aparece la categoría jurídica del contrato indefinido no fijo como una figura legal normal y no como una respuesta creada jurisprudencialmente *in extremis* para dar solución a un problema que parecía insoluble: sancionar la contratación temporal fraudulenta de las Administraciones públicas por no respetar los principios de acceso al empleo público

y, al propio tiempo, evitar que un empleado público se convierta en fijo sin haber pasado por el pertinente proceso de selección respetando los principios constitucionales de igualdad (que incluye la publicidad), mérito y capacidad. Nueva categoría de contrato laboral –no existente en el ámbito privado– intermedia entre los fijos y los temporales. Y manifestado, que según el artículo 55.2 del EBEP todos los empleados públicos, tanto funcionarios como laborales –y, debe entenderse, tanto fijos como indefinidos–, deben seleccionarse con respeto a dichos principios, niega por completo la premisa mayor que estaba en la base de la doctrina mayoritaria, a saber: evitar que entren en el empleo público «por la puerta falsa» trabajadores nombrados a dedo a través de un contrato temporal fraudulento que luego se declara como tal (ordinariamente, mediante sentencia judicial pero a veces mediante simple reconocimiento unilateral de la entidad contratante). Es obvio que este discurso es inoperante en un supuesto de contratación directa como trabajadores indefinidos y respetando –como es obligado (art. 55.2 del EBEP)– los principios de igualdad, mérito y capacidad²².

En sí la misma figura de los indefinidos no fijos resulta controvertida, porque no resuelve correctamente el problema: los trabajadores indefinidos mantienen una posición jurídicamente precaria y marcada por la inseguridad jurídica, su situación es existencialmente conflictiva determinando la «judicialización». Y es que la figura jurídica del «indefinido no fijo» en las Administraciones públicas, por actuaciones jurídicamente irregulares de la Administración actuante (art. 8.2 c) del EBEP), constituye en sí una anomalía jurídica que ha tratado de escapar a la lógica específica del Derecho del Trabajo creando una categoría jurídica contractual (y de tipo de trabajador) situada en un espacio vacío de intersección entre el trabajador indefinido y el trabajador temporal²³.

Por lo que si damos a las disposiciones pertinentes del Derecho interno, en la medida de lo posible, una interpretación conforme con el Derecho de la Unión (ATJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14, *León Medialdea*), la categoría de los «indefinidos no fijos» fricciona en sí con la Directiva 1999/70/CE, que solo recoge el enfoque clásico imperante en todos los países de la Unión Europea –menos el nuestro– entre trabajadores fijos (con contrato por tiempo indefinido) y trabajadores temporales (con contratos de duración determinada). Esta figura de nuestro Derecho interno –como una suerte, paradójica y disfuncional, de *tertium genus*– resulta problemática desde la perspectiva del Derecho social comunitario y tanto más cuando no se le ha dotado de un estatuto jurídico-laboral completo que otorgue plena seguridad jurídica²⁴. Sin embargo la relación laboral entre la trabajadora y su empleador se convirtió posteriormente, como sanción, en una «relación laboral de carácter indefinido no fijo», con arreglo a la normativa nacional, aunque no se impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada, de lo que deriva que la directiva no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos por tiempo indefinido.

²² ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Los despidos objetivos en el sector público. El caso particular de los trabajadores indefinidos no fijos», en Rojo Torrecilla, E. (coord.), *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Barcelona: Huygens, 2015, pág. 138.

²³ MONEREO PÉREZ, J. L.: «Las reestructuraciones en el sector público...», *op. cit.*, pág. 255.

²⁴ *Ibidem*, pág. 256.

Por lo que corresponde al juez nacional apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las sanciones establecidas por el Derecho nacional constituyen una medida apropiada para sancionar el uso abusivo por parte de la Administración pública de sucesivos contrato o relaciones laborales de duración determinada. Ahora bien, el juez nacional (español) considera que la medida establecida en Derecho español para sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en el sector público, a saber, la conversión de la relación laboral de duración determinada en relación laboral de carácter indefinido no fijo, es ineficaz, que también señala sorprendentemente que no existe ninguna otra sanción efectiva en el Derecho español a tal fin (apdos. 40, 47, 49 y 50 [ATJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14, León Medialdea](#)).

Y es que también en el caso de los funcionarios interinos, en que el artículo 10.4 se refiere al cese en los supuestos de interinidad para el desempeño de vacantes que no pueden cubrirse con funcionarios de carrera. Como es natural, la relación de servicio del funcionario interino se extingue cuando la vacante que ocupa es cubierta con un funcionario de carrera. Pero, consciente de que muchas veces la situación de interinidad se prolonga en estos casos al no aprobarse y publicarse las convocatorias para proveer la plaza con funcionario de carrera, el [EBEP](#) dispone que dichas plazas vacantes deben incluirse en la oferta pública de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce el nombramiento del interino y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que decida su amortización²⁵.

Pero, el problema real es que en la oferta pública de empleo no se apruebe en esos ejercicios ni en otros posteriores, como ha sucedido en no pocas Administraciones y como probablemente seguirá sucediendo en algunas, a pesar de que el artículo 70.2 del [EBEP](#) impone su aprobación anual. O bien que, aprobada la oferta de empleo público, no se publiquen las convocatorias correspondientes a esas plazas ocupadas interinamente, algo que también seguirá sucediendo en algunas ocasiones, a pesar de que el artículo 70.1 del [EBEP](#) exige que la oferta pública se desarrolle en el plazo improrrogable de tres años. O que, aprobada una convocatoria, sea anulada o suspendida cautelarmente en vía de recurso administrativo o judicial. En todos estos casos no hay garantía alguna de que la situación de interinidad no vaya a prolongarse indebidamente, muchas veces con la complacencia del funcionario interino y de la Administración que lo nombró²⁶.

Además, no se puede dejar de mencionar el párrafo c) del apartado 1 del artículo 10 del [EBEP](#) que autoriza el nombramiento de funcionarios interinos para «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» y su apartado 6, en relación con el personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso de acumulación de tareas, pudiendo pres-

²⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Clases de Personal», en Sánchez Morón, M. (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid: Lex Nova, 2007, pág. 99.

²⁶ *Ibidem*, pág. 99.

tar estos servicios en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal. Así, aunque parece perseguirse una flexibilización de la dependencia funcional de los funcionarios interinos, o, dicho de otro modo, una ampliación de las posibilidades de contratación de dicho personal, se reduce, sin embargo, el espacio para los interinos por vacante, lo que podría resultar en cierto modo algo contradictorio con la nueva doctrina del Tribunal Supremo en materia de extinción de contratos laborales interinos o indefinidos no fijos.

Pues, pese a esas grandes posibilidades de nombramientos de interinidad funcional, la ley ha concedido a la Administración nuevos márgenes de disposición, con la consiguiente quiebra de ese principio de causalidad, aun debilitado. Al no fijarse qué ha de entenderse por programas temporales, por lo que la interinidad aparece como la figura para dar cobertura a todas las necesidades de contratación temporal de las Administraciones públicas sin límite causal. Únicamente se establece un límite temporal que es amplio, por cuanto puede llegar a los tres años, ampliable además por un año más, atendiendo a lo que a tal fin pueda disponer una ley de función pública de desarrollo del EBEP, no es una vía paralela a los supuestos de contratación laboral y evitan los efectos de la consolidación. Transcurrido ese plazo límite máximo no se prevé garantía alguna de estabilidad en el empleo –a diferencia de la legislación laboral–, por lo que esta regla legislativa parece ser una «huida del Derecho del Trabajo», ahora que la jurisprudencia había convergido con el legislador en la aplicación de la causa económico-organizativa en la contratación laboral no fija. La desnaturalización de la figura del funcionario interino para ampliar al extremo –casi descausalizando– las posibilidades de cobertura de servicios temporales en la Administración, sin riesgo a soportar la sanción de la estabilidad por el orden social, forma otro extraño híbrido, tras la reconducción jurisprudencial al típico régimen extintivo de la ley laboral de las contrataciones laborales anómalas del empleador público²⁷.

IV. MEDIDAS ADOPTADAS PARA REPARAR A FUNCIONARIOS Y LABORALES INTERINOS E INDEFINIDOS NO FIJOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN CASO DE EXTINCIÓN. LA PRESUMIBLE LABORALIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

El juez comunitario ante la creciente problematicidad de una figura (el indefinido no fijo) en sí misma muy conflictiva y el no menor impacto social y económico de la normativa y, sobre todo, su interpretación jurisprudencial, comunitaria, ha querido volver a poner orden, allí donde la voluntad del legislador había llevado a una huida del Derecho del Trabajo retornando al Derecho de la Función Pública, aunque máximamente desnaturalizado conforme a prácticas de precarización del empleo típicas del Derecho laboral, con las recientes SSTJUE de 14 de septiembre

²⁷ MIÑARRO YANINI, M.: «Empleo público y contrato de "indeterinos": De la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal», *RTSS.CEF*, núm. 384/2015, págs. 15-40.

de 2016, [asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15](#) y en el [asunto C-16/15](#), el TJUE precisa que la sanción de «indefinida no fija» de una relación de servicios abusiva es tan válida en el Derecho laboral como en las regidas por el Derecho administrativo, pese a que se había negado hasta el momento por la jurisprudencia contencioso-administrativa²⁸, el TJUE precisa que los poderes públicos deben establecer medidas adecuadas suficientemente efectivas y disuasorias para prevenir y sancionar los abusos en las relaciones de servicio de duración determinada regidas por el Derecho administrativo. Por lo tanto, concluye, si en las regidas por el Derecho laboral se han revelado eficaces las relativas a la calificación de indefinido no fijo, también deben serlo para las público-administrativas. En suma, con formulaciones parcialmente diferentes, unas más confusas que otras, todos terminan proponiendo la misma solución: el abuso en el empleo público-administrativo se sanciona igual que en el empleo público-laboral, esto es, con la sanción de indefinición sin fijeza de la relación de empleo público²⁹. Como ya se habían cuidado de declarar desde antiguo los tribunales españoles al señalar que el artículo 8.1 del ET resultará aplicable en los supuestos en los que la contratación administrativa se lleve a cabo «al amparo de una ley pero con flagrante desviación del cauce (fin) legal previsto» (STS de 18 de enero de 1999 –RCUD 3361/1997–).

En su estela el TJUE establece que *se opone* a la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco y debe ser interpretada y aplicada por las autoridades del Estado miembro de manera que:

- La renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector público se considerará justificada por «razones objetivas», solo cuando los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, no cuando, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables.
- Cuando no exista ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal funcionario eventual que incumba a la Administración competente y que le permita proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario interino, de modo que la situación de precariedad de los empleados públicos perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector y más controvertido si cabe, que cuando exista utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, que *concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación, es no reconocer ese derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo*, ya que no hay medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional que pueda sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

²⁸ VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: «El personal "indefinido no fijo" y el principio de igualdad y no discriminación: Entre tradición y renovación», *RTSS.CEF*, núm. 404/2016, pág. 32.

²⁹ MOLINA NAVARRETE, C.: «La contratación temporal en el laberinto de los tribunales: Preguntas y respuestas... y nuevas preguntas», *RTSS.CEF*, núm. 404/2016, págs. 177-198.

Y puesto que el tribunal remitente estima que existe una medida eficaz contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo.

El TJUE dictamina que en la medida en que no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

Por todo ello, la [STSJ \(Sala de lo Contencioso\) de Andalucía-Sevilla de 30 de septiembre de 2016 \(rec. núm. 221/2016\)](#), en un supuesto de contratos eventuales sucesivos en el marco del artículo 9 del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, establece que «la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada al amparo de la cláusula citada del acuerdo marco. Por ello, la observancia del acuerdo marco requiere que se compruebe concretamente en la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada su realización con el fin de atender necesidades provisionales y no para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de personal, si se permanece en el desempeño y atención de unas funciones y necesidades que no se corresponderían con la naturaleza de aquellos, constituye la citada irregularidad un supuesto de nulidad del contrato por su carácter fraudulento que no puede quedar subsanado por el consentimiento tácito del perjudicado, lo que legitima reconocer el derecho de la recurrente a ser mantenida en su puesto de trabajo de manera interina hasta en tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y a los derechos inherentes a esa posición y sin perjuicio de las facultades que correspondan a la Administración al respecto».

En el mismo sentido, las SSTSJ (Sala de lo Contencioso) de País Vasco de 12 de diciembre de 2016 (recs. núms. [625/2013](#) y [735/2013](#)), la primera de ellas en un supuesto idéntico a la del TSJ de Andalucía/Sevilla y la segunda relativa a un caso de dos contratos sucesivos de duración determinada, seguidos por una relación funcionarial interina, sentando ambas sentencias una doctrina igual: «[...] aplicar la misma jurisprudencia consolidada en el Orden Jurisdiccional Social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por lo tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su cese, justificado este, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales». Restitución de la relación laboral prevista por el TSJ (Sala de lo Contencioso) del

País Vasco que me parece la medida más ajustada, frente a otras posiciones que opinan que conveniría una corrección doctrinal que se asemejara más a la prevista para el «empleo público-laboral»³⁰.

Y es que la aplicación de la [Directiva 1999/70/CE](#) opera tanto para los funcionarios como para los laborales, porque su aplicación lo es en relación con «cualquier vínculo administrativo», planteamiento expansivo respecto de los funcionarios o trabajadores interinos o temporales que acaba de obtener el respaldo de sendas sentencias del TJUE, ambas de 14 de septiembre de 2016, asuntos [C-16/15](#) y los acumulados [C-184/15](#) y [C-197/15](#), respectivamente, en aplicación del principio de no discriminación de los empleados públicos temporales (la primera, relativa a la prohibición de contratos temporales sucesivos al personal estatutario de los Servicios de Salud para cubrir necesidades permanentes, y la segunda, relativa a la equiparación entre las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración y el personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo en cuanto al derecho al mantenimiento de la relación de servicios en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada).

Pese al espaldarazo que el [EBEP](#) ha dado a la controvertida figura del contratado laboral por tiempo indefinido no fijo, quedan planteados y sin resolver distintos problemas, entre ellos el cauce extintivo del trabajador incurso en dicha figura contractual. En efecto, en ningún precepto del [EBEP](#) se hace referencia a la extinción del contrato de trabajo de los indefinidos no fijos, por lo que, con respecto a esta cuestión y por imperativo de lo dispuesto en el ya citado artículo 7 del propio [EBEP](#), su resolución debe efectuarse de acuerdo a lo establecido en la legislación laboral, y en concreto a las causas de extinción del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que es íntegramente aplicable.

Porque semejantes remedios habrán de ser ordenados por la legislación de cada Estado en correspondencia con su autonomía, que no deben sin embargo, ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario (principio de efectividad).

Al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español queda obligado a establecer la regla de la estabilidad real con efectos jurídicos más complejos que en el sector privado o cuando menos la estabilidad relativa, es decir, la facultad empresarial de opción entre readmisión más pagos de los salarios de tramitación, o bien la extinción indemnizada y sin salarios de tramitación, en los supuestos de extinción del contrato indefinido no fijo consecuencia de la cobertura definitiva de la vacante o la amortización de forma reglamentaria de la misma, pues de lo contrario la ausencia de una reparación no parece superar el doble test de equivalencia y efectividad propuesto por el tribunal europeo.

³⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: «Cese de funcionario interino y de personal estatutario eventual, readmisión y conversión a indefinidos no fijos (Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior del País Vasco de 12 de diciembre de 2016, recc. núms. 625/2013 y 735/2013)», *RTSS.CEF*, núm. 407/2017, pág. 227.

V. CONCLUSIÓN

Admitido que todos los empleados públicos, tanto funcionarios como laborales –fijos e indefinidos– deben seleccionarse con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad establecidos para todos los ciudadanos (arts. 14 y 103 CE) y que no puede obviarse el también constitucional principio de estabilidad/inamovilidad en el empleo (arts. 35.1 y 103.3 CE); pese a que el tribunal europeo ha propuesto para superar el doble test de equivalencia y efectividad la asimilación del personal que presta servicios de duración determinada en régimen de Derecho administrativo a los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones públicas, podríamos considerar que tal solución no puede ser aplicada por contener condiciones iguales a los trabajadores fijos, por la vigencia de los casos más claros de fraude y desviación de poder en la contratación temporal de servicios elaborados por la jurisprudencia al amparo tanto del artículo 15.3 del ET como de la Directiva 1999/70/CE, y consiguientemente reconocer a dicho personal al servicio de la Administración tanto en régimen de Derecho laboral como en régimen de Derecho administrativo la condición de trabajadores y funcionarios fijos.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0