

**LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
Y LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL**

Juan Jiménez García

*Profesor Titular de la ULPGC,
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Rafael Víctor Rodríguez Sánchez

*Graduado Social y Máster en Dirección de
Recursos Humanos y Administración de Personal*

SUMARIO:	<ul style="list-style-type: none"> I. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO SUJETOS DE RELACIONES LABORALES. <ul style="list-style-type: none"> 1) LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO PARTE DEL CONTRATO DE TRABAJO 2) LA CLASIFICACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL II. LA PROVISIÓN DE PERSONAL LABORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. <ul style="list-style-type: none"> 1) CARENCIA DE NORMA ESPECÍFICA. 2) LOS REQUISITOS MÍNIMOS DE LA CONTRATACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 3) LA CONTRATACIÓN LABORAL FIJA O DE PLANTILLA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA III. LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS <ul style="list-style-type: none"> 1) LAS DIFICULTADES DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2) PRIMERAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD 3) LA JURISPRUDENCIA DE SOLUCIÓN SALOMÓNICA: EL CONTRATO INDEFINIDO IV. EL CONTRATO DE INTERINIDAD Y CONTRATACIÓN INDEFINIDA. <ul style="list-style-type: none"> 1) EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2) LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA DERIVADA DEL FRAUDE DE LEY. 3) LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO INDEFINIDO POR SENTENCIA JUDICIAL. V. ANOMALÍAS FRECUENTES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. <ul style="list-style-type: none"> 1) LAS CESIONES ILEGALES DE TRABAJADORES. 2) LAS SITUACIONES DE SIMULACIÓN LABORAL. 3) LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA NULIDAD DEL DESPIDO. 4) LAS RECLAMACIONES DE CANTIDAD TRAS LA SUSCRIPCIÓN DE UN CONTRATO TEMPORAL.
-----------------	---

I. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO SUJETOS DE RELACIONES LABORALES

1. La Administración Pública como parte del contrato de trabajo

Como señala el profesor Alonso Olea, el concepto de empleador se situaría en la *persona natural o jurídica parte del contrato de trabajo, que en virtud de éste hace suyos originariamente los frutos del trabajo contractual prestado obligándose a remunerarlos*. Esta definición se desprende del art. 2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) que reconoce como empresario a toda persona física o jurídica, o comunidades de bienes que reciben la prestación de servicios por parte del trabajador por cuenta ajena. En definitiva, en la figura del empleador recae la posibilidad de ordenar, dirigir y organizar el trabajo de la otra parte contratante, el trabajador. Por ello, en este punto, se debe resaltar que la denominación “persona física o jurídica” obtiene el

más amplio significado posible incluyéndose, por lo tanto, a la figura jurídica privada y a la pública, afectando de esta manera a los organismos públicos.

Ello se desprende del propio art. 103.3 de la Constitución Española (CE) establece que la *Ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad...* y del art. 19 de la Ley 20/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, donde se recoge la capacidad contratante de la Administración, cuando explicita que las *Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral...* y de igual manera, aunque de forma mucho más reciente, figura en el contenido de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Por lo tanto, nos encontramos con la Administración Pública en el ejercicio de empleador, situándose en la parte que reúne más fortaleza de la relación laboral.

Ahora bien, y a diferencia de lo que sucede en la forma tradicional de empresa, en la Administración Pública pueden dividirse las relaciones de trabajo en dos clases: funcionarios públicos y personal laboral o trabajadores por cuenta ajena. Asistimos a dos relaciones jurídicas distintas encaminadas ambas a prestar trabajo al empleador público. El personal funcionario queda regulado bajo normas administrativas o estatutarias y el personal laboral se regula mediante las normas emanadas del ET, normativa específica y convenios colectivos que rijan en dichas Administraciones Públicas, pudiendo proceder a la contratación conforme a las diversas modalidades de nuestro ordenamiento laboral. Este trabajo se dedicará a la figura del personal laboral al servicio del empleador público.

Las Administraciones Públicas, por su peculiaridad y fin constitucional, no pueden actuar de forma arbitraria en la contratación del personal a su servicio y conforme a lo establecido legalmente, y más concretamente en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, se deberá seleccionar a su personal conforme a *su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad*, aspecto reiterado por la Ley 7/2007, del 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Así pues, el empleo en el sector público debe explicarse con algo más que una mera remisión a "técnicas de organización", referenciándolo a una "adaptación de los poderes públicos a la evolución del sistema de economía libre de mercado, ateniéndose tanto a la función prestadora de servicios públicos o función administrativa como a la intervención en la actividad económica" (Palomeque-Álvarez de la Rosa, "Derecho del Trabajo", julio 2006).

2. La clasificación del sector público desde el punto de vista laboral

Es sumamente importante esta clasificación, pues de ella deriva la alteración del régimen normal de libertad de contratación establecido en la normativa laboral, y que en el caso de la Administración Pública se rige por los principios constitucionales y legales específicos, tal y como expuso más arriba.

Desde el punto de vista laboral podemos dividir el sector público en dos grandes grupos: por un lado, los recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común, esto es, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, la Administración Local (Ayuntamientos, Provincias, Cabildos y Consejos Insulares), los Organismos autónomos y la Seguridad Social; y en otro, se incluyen en el sector público empresarial las sociedades estatales, las sociedades mercantiles donde la mayoría de capital sea de la participación, tanto directa como indirecta, de la Administración o de sus Organismos autónomos, y las sociedades públicas empresariales que estén adscritas a algún Ministerio, Consejería autonómica, ente Local u Organismo autónomo y cuyo cometido tenga una finalidad en la gestión de servicios o producción de bienes de interés público.

Esta clasificación es fundamental para poder acudir a sus objetivos, dado que el interés público que le sostiene será reflejo de la obligación legal en materia de contratación que han de seguir. A modo de ejemplo nos referiremos, desde el ámbito del Derecho del Trabajo, a lo acontecido con la “Sociedad Estatal Correos y Telégrafo, Sociedad Anónima”.

Conforme a la Ley 14/2000 la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos pasa a convertirse, tras su preceptiva inscripción en el Registro Mercantil, en sociedad anónima estatal pasando a regirse por las normas del Derecho Privado, y por ello, conforme al artículo 58 de la mencionada Ley “a partir de la fecha de inicio de la actividad de la ‘Sociedad Estatal Correos y Telégrafo, Sociedad Anónima, el personal que la sociedad necesite contratar para la adecuada prestación de sus servicios lo será en régimen de derecho laboral”. Antes de esta transformación figuraban en su plantilla diverso personal contratado de forma interina, cuando Correos y Telégrafos era entidad pública, y hasta la provisión definitiva de la vacante (modalidad para la cual en las Administraciones Públicas no rige la temporalidad máxima de los tres meses –art. 4.2 b) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre–). Posteriormente, y tras su cambio de régimen jurídico, el personal contratado bajo esta modalidad, y al cesar en su puesto por la provisión definitiva del puesto vacante conforme a la adjudicación de los destinos del concurso permanente de traslado, recurren judicialmente alegando que, tras superarse los tres meses preceptivos del contrato de interinidad que rigen a las empresas, se debería entender su cese como despido improcedente. Esta situación laboral afecta a diversos contratados en distintas provincias, teniendo como resultado pronunciamientos con contenidos dispares por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, lo que propicia diversos recursos de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por parte de la Sociedad Estatal.

El pasado 26 de diciembre de 2006, la Sala de lo Social del TS dicta sentencia respecto al Recurso 4579/2005 de casación para la unificación de doctrina con unos contenidos que, ciertamente, amplían el ámbito de lo público a la responsabilidad contractual de los organismos que mantengan tal comportamiento en su funcionamiento interno, de tal manera que los preceptos, tanto generadores de derechos como limitadores de la libertad contractual, les son aplicables en función a los procesos de

formalización interna que se puedan dar en aras al mantenimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En primer lugar, observamos como el Tribunal Supremo quiere resaltar el modus operandi de lo que antaño era una entidad pública, ahora convertida en sociedad estatal: “... en Correos y Telégrafos no se ha producido una exclusión completa de los criterios públicos de provisión de puestos de trabajo como consecuencia de su transformación en sociedad anónima, aunque, desde luego, hay ahora una mayor flexibilidad en la contratación. Ello se debe, en primer lugar, a que, pese a tratarse de una sociedad de este carácter, un número importante de su personal mantiene la condición de funcionario y sigue sometido a un régimen propio de la función pública”. Dentro de su ámbito la Sentencia recoge asimismo que “aunque la demandada ha dejado de ser una entidad pública, **sigue incluida en el sector público** y, sin duda en atención a ello, continúa también sometida en gran medida a procesos formalizados de selección y promoción que son los propios de una Administración Pública o muy próximos a ellos, aunque lógicamente la transformación en sociedad anónima estatal haya agilizado la provisión...”.

En segundo término, la propia sentencia refuerza la consideración de limitación de la libertad contractual cuando contempla “que el punto 3 del número 7 del art. 58 de la Ley 14/2000 prevé que el Gobierno dictará la normativa específica que desarrolle este régimen jurídico, atendiendo a la especial singularidad de los empleados de la ‘Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA’, y en particular, desarrollando el régimen general de retribuciones complementarias y definiendo el régimen de ordenación y asignación de puestos de trabajo”. De igual manera en el cuerpo de la sentencia se atiende a dicha limitación dado que reconoce que “en las interinidades por vacantes que se producen fuera del ámbito de las Administraciones Públicas es preciso distinguir entre aquellos procesos en los que el empresario actúa con plena libertad de forma de organizar la selección y promoción, y aquellos otros en los que una norma con rango suficiente –incluido el convenio colectivo– impone unos trámites determinados, que no siempre pueden cumplirse en el período de tres meses ...”.

Finalmente, la citada Sala de lo Social establece de forma taxativa el concepto de sector público en detrimento del mero hecho mercantil de la figura jurídica vigente de la sociedad estatal y por ello señala que “no es posible aceptar, por tanto, una rígida separación entre un régimen anterior a la transformación –3 de julio de 2003–, caracterizado por una regulación de carácter público, y un régimen posterior en el que la entidad demandada se convierte en un simple empresario privado, pues tanto el art. 58 de la Ley 4/2000 y el convenio colectivo, como las normas aplicables en el período transitorio, establecen una regulación más compleja con la permanencia de elementos públicos en los procesos de selección y promoción interna, ..., lo que es coherente tanto con el mantenimiento de la pertenencia de la sociedad al sector público, en el que deben regir los principios de igualdad, mérito y publicidad en la selección, como con el propio régimen de las sociedades estatales, que está abierto a una aplicación selectiva de determinadas normas de Derecho Público en materia de contratación, como se prevé expresamente en la disposición adicional 12ª de la LOFAGE”.

De igual manera, y dentro de esta corriente jurisprudencial, en ocasiones anteriores a esta Sentencia, el Tribunal Supremo ya resolvió con los mismos argumentos pretensiones de empleados interinos para obtener la fijeza en el citado Organismo. Tal es el caso de la Sentencia dictada el 11 de abril de 2006, con el número de Recurso 1184/2005 donde se establece que *“...en relación con la normativa aplicable a la contratación de trabajadores por la entidad Correos y Telégrafos, S.A.E., la cual, a pesar de su sujeción a la normativa laboral, se halla también vinculada a un sistema de contratación en el que han de seguir aplicándose los criterios de mérito y capacidad que caracterizan a las entidades pertenecientes al sector público”*. Concluyendo que *“no corresponde a la demandante la condición de trabajadora fija en la actual sociedad estatal, dada la vigencia en esta entidad de las normas y exigencias sobre contratación de personal en el sector público...”*

Por todo ello, el sector público no sólo se limita a las Administraciones Públicas encuadradas en el art. 2 de la Ley 30/1992, sino que debemos ir más allá y ahondar en el resto de entidades de origen público, en su funcionamiento, limitaciones legales, aplicación de ciertas normas de Derecho Público, participación en los Presupuestos Generales de la Administración competente, composición de su plantilla o la finalidad social de la misma, entre otras, para determinar, tanto la provisión de sus plazas como los condicionantes laborales que se derivan de tal naturaleza.

II. LA PROVISIÓN DE PERSONAL LABORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Carencia de norma específica

Es evidente la capacidad de formalizar un contrato de trabajo por parte de los organismos públicos, colocándose en la posición de empleador respecto al personal laboral a su servicio y al margen del personal funcionario, que se rige por su normativa específica. Es cierto que la contratación por parte de las Administraciones Públicas no ha contado con ninguna normativa específica (a diferencia de lo que ocurre con el personal funcionario), afectando por lo tanto la legislación común y participando en todo momento de la situación singular del empleador revestido de un carácter público.

Es cierto que, aunque no exista legislación específica respecto a la posición de empresario de la Administración, y que la legislación laboral vigente está diseñada a prevenir y mitigar las situaciones de desventaja del trabajador respecto al empresario privado, no es menos cierto que dicha posición de empleador de aquella parte de lo público que debe velar por el cumplimiento de la norma establecida, también cae en los vicios derivados de la posición dominante en la relación laboral.

2. Requisitos mínimos de la contratación por la Administración Pública

Como se reseñó con anterioridad, el art. 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública establece que las *Administraciones*

*Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de **igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad**. Ahora bien, parte de este artículo ha quedado ampliado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, donde se establece en su artículo 55, como principio rector del acceso al empleo público, que *todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico, estableciendo, asimismo, como procedimientos de selección, **tanto para su personal funcionario como laboral**, la publicidad de las convocatorias; la transparencia; la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; así como la agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.**

Es evidente que el requisito marcado por el legislador está en conexión con los art. 9.2, 14 y 23.2 de la CE donde se establecen como garantías la libertad, la igualdad así como la participación en todos los órdenes de la sociedad democrática y en las funciones y cargos públicos. De la misma manera el art. 103.2 de la CE reconoce el acceso a la función pública conforme al mérito y la capacidad. Por lo tanto se unen como principios constitucionales básicos y de especial observancia la igualdad, el mérito y la capacidad.

Pero a su vez se establece un aspecto importante para el ejercicio constitucional de acceso a la función pública como es la publicidad, dado que sin ella difícilmente podemos ejercer uno de los principios consagrados en nuestra Carta Magna como es el de la libertad para decidir y participar en los procesos de ingreso en la Administración. De hecho, y como ejemplo, el que una persona pueda acceder a un empleo público por el mero hecho de figurar como demandante de empleo en las oficinas del Servicio Público de Empleo sin que otro ciudadano pueda tener esa oportunidad por estar trabajando, socialmente puede tener un aspecto loable, pero jurídicamente conculca el principio de libertad e igualdad de acceso, dado que la opción de participar en un proceso selectivo para un puesto público debe ser tomado de forma libre por los potenciales aspirantes y no en función de una situación que, por desgracia que sea, limita dicha posibilidad a aquellos que desean ingresar en la Administración.

Otra cosa distinta, es que, o bien se anuncie que la demanda pública de contratación se realizará mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo (situación que propiciaría a las personas en activo figurar en "mejora de empleo"), o bien se concierten programas específicos para fomentar el empleo y la formación, programas que han de ser en todo caso temporales y accesorios a la propia actividad del organismo público, no exclusivamente vinculados a disponer de consignación presupuestaria externa, porque en caso contrario dicho personal pertenece al ámbito de la Administración y habrán de regir los principios ya enumerados (Sentencia del

Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 10 de noviembre de 2004 –Resolución 1068/2004).

Igualmente, por parte de las Comunidades Autónomas se ha intentado introducir, en el ámbito de su competencia, una especificación respecto del personal laboral a su servicio y el acceso de éste a su ámbito de actuación. Tenemos como ejemplo la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria donde en su art. 67.1 establece que *los puestos de trabajo que vayan a ser desempeñados por personal laboral deberán estar determinados en las relaciones de puestos de trabajo. A dicho personal se le aplicarán las fórmulas legales de contratación laboral incluido el período de prueba. Los contratos de trabajo serán formalizados por escrito y su inscripción el Registro determinará la fecha en que el Gobierno manifiesta su voluntad de contratar. El art. 67.3 dispone que el contenido y efectos de esta relación de empleo **estará regulado por el Derecho Laboral** y los actos preparatorios a su constitución, sin perjuicio de las normas eventualmente fijadas al respecto en el ordenamiento laboral, por el Derecho Administrativo* (clara referencia a la limitación en la liberalidad para efectuar la contratación). También dentro de esta Ley se hace referencia a la Oferta de Empleo Público que conforme al art. 70 ... *se relacionarán todas las vacantes tanto de funcionarios como de **personal laboral**, presupuestariamente dotadas, que no puedan ser cubiertas por los efectivos de personal existente en la Administración de la Comunidad Autónoma.*

Del mismo modo, existen normas que no sólo contemplan la forma de provisión del personal laboral sino que además regula la forma de contratación temporal por parte de la Administración. Tal es el caso, como ejemplo, de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca (modificada por la Ley 16/1997, de 17 de noviembre), que, a diferencia de la norma estatal que hasta este momento guardaba un completo silencio, establece un precepto que se refiere directamente a la selección del personal laboral temporal. Dice así el art. 33.1: *La selección de los funcionarios interinos y personal laboral temporal se llevará a cabo conforme a los procedimientos que reglamentariamente se determinen, atendiendo a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad y procurando la máxima agilidad. En todo caso el personal interino y laboral temporal deberá reunir los requisitos generales de titulación y demás condiciones exigidas para el acceso al puesto que accidentalmente vayan a proveer o para el desempeño de la función que vayan a realizar. Añade un punto 2 a este artículo donde se contempla que *con el fin de promover la reinserción social de personas marginadas, las Administraciones Públicas Vascas podrán establecer sus propios programas de empleo temporal, o convenirlos con otras entidades públicas o privadas.**

Tras esta especial relevancia de la Administración en la contratación laboral, por parte del Gobierno se presentó en julio de 2006 un Proyecto de Ley que, tras su debate y aprobación por parte de las Cortes Generales, se convirtió en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, donde, aún con gran retraso respecto a las normativas autonómicas, reconoce el importante papel que juegan los organismos públicos en relación con el personal laboral, y cuya denominación conceptual reconoce, de forma implícita, la diversidad de la relación

de trabajo existente en la Administración, incorporando como tal la figura del **empleo público**, independientemente del régimen jurídico estatutario o laboral del mismo. Tal consideración se desprende de la exposición de motivos de la Ley que explicita que *el Estatuto Básico del Empleado Público contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio*. Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcional, **reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas**. En este sentido, el estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cuál sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado.

De la misma manera la propia Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público reconoce que *la manifestación más significativa de esa tendencia a la diversidad viene siendo el recurso de muchas Administraciones públicas a la contratación de personal conforme a la legislación laboral*. Si bien por imperativo constitucional no puede ser éste el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público, **no debe desconocerse que un porcentaje significativo de los empleados públicos tienen la condición de personal laboral, conforme a la legislación vigente**. La flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada **explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración**.

Reflejo de esta realidad, la Ley establece en su artículo 11 que *es personal laboral el que en virtud de contrato formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación 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. El art. 19 reconoce en su apartado primero que *el personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional y en su apartado segundo establece que la carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos*. Otro avance en la consideración de la Administración Pública como parte contratante de la relación laboral se establece en su art. 27 donde trata de las retribuciones para el personal laboral.

Por lo tanto, aún cuando el problema sigue siendo la aplicación correcta de la contratación laboral y su indefinición, el objetivo del legislador es propiciar una aplicación legal no exclusivamente laboral en la selección del personal, aún cuando éste, con su vinculación contractual se rija por el Derecho del Trabajo, tiéndola de procedimientos basados en la igualdad, la capacidad, el mérito y la publicidad de la oferta.

Esta lógica posición jurídica ha propiciado la constante aparición de lo que se ha llegado a denominar "listas de reserva" o "bolsas de trabajo", cuyo fin es la de proveer a la Administración el personal adecuado a medida que surjan las necesidades

de contratación, ya sea para la cobertura de vacantes hasta su provisión definitiva o para sustituir a personal con derecho a reserva de puesto de trabajo. Mediante este sistema se ha de garantizar la publicidad con una convocatoria pública a través de anuncios y del Boletín Oficial correspondiente, donde se contemplen, no sólo las categorías y requisitos, sino las bases por las cuales ha de regirse su funcionamiento. La igualdad se ha de tener presente en tanto en cuanto los requisitos que han de regir la selección y la evaluación dispuesta en las bases, serán de aplicación por igual en toda su extensión a las personas que optan a participar en el proceso selectivo. Finalmente este proceso se ha de conformar con las pruebas en las que el mérito y la capacidad de los aspirantes sirvan para obtener una posición determinada dentro de la lista, y las mismas deberán tener una vigencia temporal limitada, de tal manera que no se conculquen derechos futuros de posibles nuevos aspirantes.

3. La contratación laboral fija o de plantilla por parte de la Administración Pública

Este tipo de contratación deberá realizarse por los mismos procedimientos que son aplicables a las plazas de funcionarios de carrera, y por ello las reclamaciones a este tipo de contratación versan, de forma mayoritaria, en el proceso administrativo de selección y no en la relación laboral que surge una vez formalizado el contrato. Una vez forme parte el trabajador de la plantilla de la Administración las incidencias serán las propias de la concreción de las normas laborales, de la aplicación del convenio colectivo o de las emanadas del propio contrato. Por ello nos detendremos someramente en este proceso, dado que el objeto del trabajo es reflexionar y analizar las vicisitudes que se producen en dicha relación laboral cuando se establece la temporalidad en la misma, con las consecuencias, tanto sociales como económicas que estas tienen hacia los trabajadores y el sector público.

Es importante tener presente lo estipulado en el artículo 61 de la Ley 7/2007, relativo a los sistemas selectivos para proceder a la cobertura, en calidad de personal laboral fijo de la Administración, respecto a las plazas fijadas en la Oferta de Empleo Público de cada organismo. El primer aspecto a destacar es la forma de selección del personal laboral. Ésta habrá de realizarse mediante los sistemas de oposición (valoración principalmente de conocimientos), concurso-oposición (valoración de méritos requeridos en las bases en conjunción con los conocimientos demostrados) o concurso (cuyo único cometido es la valoración de los méritos aportados por los aspirantes), pudiéndose negociar en el marco de los convenios colectivos la participación de las Organizaciones Sindicales en el proceso de selección. Los procesos selectivos tendrán un carácter abierto, garantizando la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades entre sexo, que sólo podrá ser limitada en el caso de plazas reservadas a la promoción interna y a las medidas de discriminación positiva reconocidas en la Ley.

Un aspecto importante es que las pruebas serán concordantes con los puestos a desempeñar, y cuyo fin es la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, de forma escrita u oral y realizando ejercicios que

demuestren la posesión de habilidades, destrezas, idiomas o la capacidad física requerida. En los casos en que se determinen la valoración de méritos sólo se podrá otorgar una puntuación proporcionada, que no podrá ser determinante en sí misma en el resultado final de las pruebas.

Finalmente y una vez superadas las pruebas, éstas podrán completarse con la superación de cursos, de un período de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas, pudiéndose exigir un reconocimiento médico preceptivo a las firma del contrato. Asimismo, se puede establecer un período de prueba para la evaluación del correcto desempeño en su trabajo.

El resultado último es la formalización de un contrato de trabajo fijo, incorporándose el trabajador a la plantilla de la Administración mediante la ocupación de forma definitiva de la plaza laboral correspondiente, pudiéndose establecer un período de prueba, si así se determinase en el proceso selectivo, para evaluar el correcto desempeño del puesto de trabajo (p.e. Orden de 15 de diciembre de 2006 de la Subsecretaría del Ministerio de Medio Ambiente por la que se establece la relación de aspirantes que, superando el proceso selectivo, deberán formalizar el correspondiente contrato de trabajo como personal laboral fijo de la Administración General del Estado)

III. LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Las dificultades de la contratación temporal en la Administraciones Públicas

La forma de contratación anteriormente descrita es la lógica en el funcionamiento de las Administraciones Públicas, pero debemos reconocer que se ha venido haciendo uso abundante de la contratación temporal para cubrir puestos de trabajo de forma provisional, interina o de corta duración, con un hándicap, y es que su concepción como contrato temporal está enfocado hacia la empresa privada, y por ello no se adecua a las necesidades y estructura de las Administraciones Públicas, generando en múltiples ocasiones una serie de vicisitudes que han culminado en la catalogación de fraudulenta de la relación laboral, o bien que se haya tenido que acudir a fórmulas legales que permita a las Administraciones Públicas un tratamiento diferenciado respecto al contenido de alguna modalidad contractual (p.e. el art. 4.2 b) del RD 2720/1998 de 18 de diciembre).

Las consecuencias derivadas de los incumplimientos de la normativa laboral por parte de las entidades públicas tienen una doble vertiente: por un lado de índole laboral, dado que tales actos fraudulentos tienden a convertir la relación contractual temporal en contratos de carácter indefinidos, aunque limitados temporalmente por su cobertura definitiva; y por el otro, de índole económico, debido a las sustanciosas cantidades económicas que cada año las Administraciones tiene que hacer frente para el abono de indemnizaciones y de salarios de tramitación en virtud de resoluciones judiciales. De hecho, esta situación se reconoce en la propia Ley 7/2007,

de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que contempla como personal laboral, no sólo al de carácter fijo o temporal, sino que de igual manera añade al personal vinculado laboralmente con la Administración por tiempo indefinido (art. 8.1 c) y art. 11.1), situación que se da por la especificidad de la Administración Pública que, ante los contratos temporales que han incumplido la normativa laboral, en vez de sancionarse con el carácter fijo de los mismos, pasan a ostentar un status especial como personal laboral indefinido no fijo.

2. Primeras líneas jurisprudenciales: El principio de legalidad

Históricamente, en un primer momento (en los años 80), los Tribunales de Justicia dieron un trato privilegiado a la Administración Pública frente a la empresa privada, dado que se venía eximiendo de cargar con el resultado jurídico más importante en cuanto a la contratación temporal irregular, cual es la integración de los trabajadores temporales en plantilla fija.

De este modo podemos asistir a las Sentencias emitidas por el Tribunal Supremo de fecha 9 de octubre de 1985, 25 de abril de 1986 o el 29 de octubre de 1986 donde se reflejaba que los contratos laborales temporales celebrados por los Órganos de la Administración Central y de las demás Administraciones territoriales o institucionales con sus trabajadores, *se centra en determinar que la posible sucesión o reiteración de cada uno de dichos contratos con el mismo contratado, incluso sin solución de continuidad, ocasionada en función de la obligada atención de los servicios que deben prestar dichos organismos públicos y la necesidad de hacerlo con personal de tal naturaleza y carácter, no supone abuso de derecho, pues una conducta merecedora de tales calificativos no cabe presumirla en las respectivas entidades contratantes ni la prolongación de los servicios de los contratados, más allá de los límites temporales fijados por las normas aplicables en cada caso, puede servir de trampolín para el acceso a cuerpos y plantillas para los que la Ley exige la participación en pruebas y la superación de las mismas, que impone los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública*". Ante tal razonamiento existía una situación de debilidad en la figura del trabajador, debilidad acrecentada ante la potente prerrogativa de la que gozaba la Administración Pública y que posibilitaba, sin el reparo consiguiente, que la contratación temporal irregular, principalmente para finalidades no previstas en cada tipo contractual, no tuviera la correspondiente sanción que sí se aplicaba a la figura del empleador privado.

Esta exención tan importante fue limándose posteriormente por la propia jurisprudencia ya que, el no aplicar los efectos inherentes a la contratación en fraude de ley por parte de la Administración se superó por la aplicación del "principio de legalidad" que también ha de inspirar toda actuación administrativa, así como del resto de los poderes públicos, por lo que se hacía insostenible que la Administración no cargara con las consecuencias de sus actuaciones en el ámbito de la contratación del personal laboral. De esta manera nos encontramos con la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 7 de marzo de 1988, que matiza (sin censurar, la línea juris-

prudencial que se venía manteniendo) que lo establecido con anterioridad por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo **“no podía exonerar al Estado y a las demás entidades públicas, cuando actúan como empresarios, en el sentido a que se refiere el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores de la obligación de ajustarse, cuando celebran contratos temporales, a las normas generales o coyunturales que, en cada caso regulan el tipo concreto que se proponen concertar, sino que por el contrario, dicha obligación viene impuesta por el propio principio de vinculación de la Administración a la legalidad y al derecho antes invocado; y por otro lado, no existe prohibición alguna que impida que dichas Administraciones públicas puedan resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente y al margen de la relación de empleo de carácter administrativo que mantienen con sus funcionarios”**.

Por lo tanto nos encontramos con varias diferencias entre ambas líneas jurisprudenciales, ya que en un primer momento la figura de la Administración como empresario ocupaba un término secundario, predominando su utilidad y naturaleza pública, mientras que en la segunda vertiente se establece que si la Administración contrata como empresario, se le aplicará con todas las consecuencias la legislación laboral, dado que asume un rol perfectamente contemplado en la legislación vigente, legislación que por otro lado le es aplicable per se.

Otra diferencia entre ambas es el reconocimiento a la vinculación indefinida de la relación laboral cuando el objeto inicial es la propia temporalidad. En un primer momento se entendía que tal vínculo con la Administración, sin superar las normas de acceso a la función pública, era contraria a la propia Constitución ya que se conculcaba el propio art. 103.3 de la misma, abriéndose una puerta falsa de acceso a la función pública sin que se valorara los principios de mérito y capacidad, y por lo tanto incumpliendo el de igualdad y publicidad que rige para toda la ciudadanía. Claro que, con esta forma restrictiva de entender el empleo público, se situaba a la figura más débil de la relación laboral, el trabajador, en una situación evidente de desamparo frente a las consecuencias legales que tenía para sí, si en vez de contratar con un organismo público lo hacía en una empresa privada. De ahí surge, la segunda línea jurisprudencial, estableciendo que una Administración puede efectuar un contrato de carácter indefinido, es decir, sin una fecha de finalización previa, y desvinculándola de las relaciones de índoles administrativas que se mantiene con el personal funcionario, porque su actuación la efectúa como empresario y no como ente público que se rige por las normas de derecho público en exclusividad.

Pero, ¿qué ocurre si en aplicación de dicha línea jurisprudencial se opta por la relación de carácter indefinida sin más? Obviamente nos encontramos con lo indicado en la primera tendencia del Tribunal Supremo, y por lo tanto conculcamos el principio de acceso a la función pública, ya que con el mero hecho de conculcar una legislación determinada podemos incurrir en la falta de aplicación de principios constitucionales. Supongamos un interés mostrado por una determinada organización administrativa, por ejemplo un ayuntamiento, en que una persona contratada temporalmente continúe de forma permanente relacionada con dicha entidad. Con el mero hecho de conculcar la legislación laboral vigente podría conseguir el fin

interesado. De hecho existen en las Administraciones Públicas multitud de ejemplos, principalmente de finales de los años 80 y principios de los 90, de contratos temporales suscritos sin la observancia de la Ley, que cuando son recurridos por el propio trabajador, una vez se ha extinguido la relación laboral y son sentenciados como despidos improcedentes, ante el interés de la propia Administración, en unos casos se opta por el abono de la indemnización marcada y en otros por la readmisión que suponía la contratación indefinida con naturaleza de fijeza de los mismo.

3. La jurisprudencia de solución salomónica: El contrato indefinido

A raíz de esta situación, surge una nueva línea jurisprudencial que viene a subsumir las dos tendencias anteriores, evitando, por un lado, las situaciones de injusticia que ambas líneas marcaban respecto del trabajador contratado temporalmente por la Administración, y, por el otro, de los ciudadanos que aspiraban al libre acceso a la función pública como personal laboral de la misma. Esta nueva concepción jurisprudencial afirma que las irregularidades formales en que pueden incurrir los contratos temporales de las Administraciones Públicas, no transforman la relación laboral en indefinida en razón de los principios de mérito y capacidad que han de respetarse siempre en el acceso a la función pública, sino al contrario, por incumplimiento de los requisitos esenciales, y tal y como dispone el art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, se convierte en indefinida la contratación laboral irregular, **pero manteniéndose dicha vinculación hasta que se cubra el puesto por el sistema de selección reglamentario**, es decir, su naturaleza es indefinida pero no de fijeza en plantilla, y, por lo tanto, con una evidente ocupación temporal consustancial a la propia realidad jurídica.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de mayo de 2000 (Recurso 1840/1999), recogiendo lo marcado en sentencias anteriores, establece que *“el ordenamiento laboral parte de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaleciéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo en el sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo **estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional** y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone **cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la fijeza** y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención*

a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan”.

Hasta aquí concuerda con lo analizado hasta el momento, pero en dicha Sentencia también se asevera que *“con ello no se consagra la arbitrariedad, ni se incurre en ningún tratamiento privilegiado a favor de la Administración, pues es la propia Ley la que establece esta consideración especial en atención a las razones a que se ha hecho referencia. Así lo apreció el Tribunal Constitucional en el auto 858/1988, de 4 de julio, que afirma que “es evidente que la contratación laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del art. 14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública, es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (art. 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración”.*

A continuación la Sentencia refleja el carácter diferenciador de posiciones anteriores, matizando como temporal la contratación indefinida en virtud de sentencia y por ello expone que *“a partir de estas consideraciones hay que examinar la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla a que se refiere la doctrina de la Sala. El carácter indefinido del contrato implica, desde un punto de vista temporal, que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”.*

IV. EL CONTRATO DE INTERINIDAD Y CONTRATACIÓN INDEFINIDA

1. El contrato de interinidad en las Administraciones Públicas

Como se expuso con anterioridad la Administración tiene aspectos en su contratación laboral que, con el devenir del tiempo y conforme a la aplicación de la normativa laboral, se ha intentado adecuar a su propia naturaleza de funcionamiento que, como es lógico, no tiene la misma liberalidad que posee una empresa privada. Este es el ejemplo de lo establecido en el ar. 4 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, donde contempla, dentro de los contratos de duración determinada, el contrato de interinidad.

Dicha figura tiene un componente claramente administrativo y pertenece más a la figura de la función pública que al ámbito de la empresa privada, dado que hace referencia a la cobertura de un puesto de trabajo ya existente (vacante presupuestaria), en tanto en cuanto se cubra por los procedimientos legales y reglamentarios.

Sin embargo, su extensión a la empresa privada deja un margen de disponibilidad en el ámbito de lo público, debido principalmente a la complejidad y procedimiento garantista que ha de regir el empleo público. Por ello en el apartado 2. b) del mencionado artículo se estipula que *“en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica”*. Es decir se les exonera del cumplimiento de la duración temporal de los tres meses que se impone a la empresa privada.

Por lo tanto, para suscribir un contrato de interinidad es preciso la existencia de plaza vacante con dotación presupuestaria y se ocupará en tanto en cuanto no se cubra de forma definitiva o se amortice el puesto. Esta situación vincula la existencia de la relación laboral de interinidad a la existencia de la consignación presupuestaria precisa tal y como se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones (Sentencia del 4 de noviembre de 1997; del 17 de noviembre de 1997; y del 28 de noviembre de 1997).

Estamos ante una modalidad contractual de duración determinada, es decir, no prefigura una relación laboral fija por parte de la persona que formaliza un contrato de trabajo de interinidad, lo que a veces propicia que la perspectiva temporal se torne en una situación *de facto* de tendencia indefinida, que ha propiciado, y propicia, que en múltiples ocasiones los trabajadores con una vinculación laboral de interinidad permanezcan excesivo tiempo como tales, con muchos años de relación. Esto produce que el colectivo de trabajadores interinos lleguen a considerarse como portadores de derechos (al margen de su reconocimiento como méritos en el acceso a la función pública) y les hacen entender su vínculo como permanente, con la proliferación de planes selectivos para la consolidación del empleo que, en muchos casos, intentan incumplir los requisitos de igualdad y publicidad, amén de la comprobación de méritos y capacidad, con la consiguiente frustración social de dicho colectivo una vez que los tribunales de justicia corrigen los defectos derivados de tal situación.

Así pues, nos encontramos ante otra situación de incumplimiento por parte de las Administraciones cuando, tras la publicación anual de la Oferta de Empleo Público, no ejercitan su obligación de cobertura definitiva de los puestos en plazos de tiempo razonables, plazos que en ningún caso se entienden como razonables cuando asistimos a situaciones que superan la decena de años donde, por un lado asistimos a un trabajador que por el transcurso del tiempo ha perdido hábitos que le serán reclamados en las pruebas (p.e. estudio, habilidad, etc.) y que, en el caso de que se amortice o se cubra tal puesto por persona distinta, no conlleva ni siquiera una indemnización debido a su consideración de causa extintiva propia de dicho contrato de duración determinada (art. 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores). Esta realidad de una importante cantidad de trabajadores ha sido estudiada y pactada por las Administraciones y los representantes de los trabajadores con un claro compromiso político, para no caer en situaciones sumamente injustas desde todo punto de vista.

Asimismo, es de justicia reconocer, que tal acuerdo tiene la dificultad propia de la temporalidad del contrato, dado que en ocasiones se ha intentado pactar mediante convenios colectivos una limitación temporal con apercibimiento de transformación en indefinido, pero la propia naturaleza de los mismos impide que pueda estar limitada por rango normativo inferior. Ello se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2006 (Nº de Recurso 4648/2004) donde expresa que *“no puede alterar la naturaleza de la relación de interinidad la fijación de un plazo máximo de duración de la misma, bajo la vigencia una misma normativa, y ello por la fuerza de las siguientes razones: 1ª. El límite temporal directo de la vigencia del contrato es impropio de la relación de interinidad y su desconocimiento no determina la transformación del contrato en indefinido; 2ª. No se produce la transformación del contrato en indefinido por la existencia de una demora en la provisión de plazas (STS de 24 de junio de 1996) y 3ª. Para situaciones posteriores a la promulgación del Real Decreto 2546/1994, la sentencia de esta Sala de 22 de octubre de 1997, señala que **el mero hecho del transcurso del plazo, cualquiera que sea éste, no produce en principio el efecto pretendido de transformar la relación contractual de interinidad por vacante en contrato indefinido**”*.

2. La contratación indefinida derivada del fraude de ley

Dentro de esta categoría de contratación de duración determinada deberemos incluir a los trabajadores que, en virtud de resolución judicial, mantiene una contratación indefinida con el organismo público, es decir, estaríamos ante una relación laboral indefinida de carácter temporal, ya que su provisión definitiva ha de hacerse conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, que ha de regir en todo proceso de acceso a la función pública. La principal diferencia respecto al contrato de interinidad deriva de su situación jurídica, dado que la misma no deriva de una plaza vacante o con derecho a reserva de puesto y por consiguiente con la consignación presupuestaria correspondiente y la inclusión en el catálogo de puestos de la Administración. Responde a una contratación temporal irregular o grave incumplimiento en la actuación de la propia Administración, la que conlleva a la declaración como relación laboral indefinida (temporalmente entendida), encuadrándola dentro de lo establecido en el art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Tal situación está contemplada en diversa jurisprudencia en los últimos años, y guarda una similitud con la modalidad contractual de interinidad, y es que su permanencia es de naturaleza temporal hasta tanto se cumpla con el requisito legal de proveerla de forma definitiva o se amortice administrativamente. Así tenemos como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria que en su Sentencia de fecha 28 de febrero de 2005 (Nº de Resolución 117/2005) dictaminó respecto a un recurso de Suplicación interpuesto por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias que en la actuación de la Consejería *“concurren defectos insalvables en el contrato,*

lo que nos conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia de instancia” que declaró fraudulento, nulo y sin efecto la contratación temporal suscrita con una trabajadora, declarando que revestía naturaleza indefinida y no temporal “teniendo por tanto derecho la demandante a que se le mantenga tal condición hasta que la plaza que ocupa se cubra por los cauces legales previstos para la provisión de plazas o se amortice con arreglo a derecho...”.

De la misma manera observamos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria que en su Sentencia de fecha 31 de marzo de 2005 (Nº de Resolución 386/2005) establece que “... teniendo en cuenta que la Entidad Pública demandada reconoció la improcedencia del despido, lo que supone el reconocimiento de su irregular contratación temporal, que de acuerdo con la última y reiterada jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en infinidad de sentencias, **convierte la relación en indefinida hasta que la plaza ocupada sea cubierta o amortizada de forma reglamentaria**, nos encontramos con que la actora tiene con el Ayuntamiento demandado un contrato indefinido desde el inicio de su relación laboral ...”. En definitiva se está consolidando una temporalidad determinada por la provisión definitiva del puesto sustentado en la contratación indefinida en aplicación de sentencia judicial.

Pero, cuando la relación indefinida de carácter temporal se extingue en virtud de su cobertura legal, ¿qué tratamiento merece dicha extinción?. Obviamente está definido el cese por provisión definitiva en caso de un contrato de interinidad, pero en relación a la contratación indefinida en virtud de sentencia puede generar, y de hecho genera, controversia o puntos de vista contradictorios. Así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002, mediante Recurso de casación para la unificación de doctrina (Recurso 2591/2001), en la que asistimos a un caso en el que un trabajador prestaba servicios por cuenta y orden de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha como trabajador vinculado a la misma por tiempo indefinido, en cumplimiento de la sentencia de TSJ de Castilla-La Mancha nº 1376/1997, con una antigüedad desde 1992, con la categoría de oficial 1ª mecánico y asignando su puesto a la Delegación Provincial de Albacete. Mediante Decreto 116/1998 de 1 de diciembre que aprobaba la relación de puestos de Trabajo del personal laboral de la Junta, se incluye la de oficial 1ª mecánico en Albacete, Consejería de Obras Públicas, plaza que fue creada por modificación de la de oficial 2ª conductor para la que fue originariamente contratado el actor con carácter temporal. A esta nueva plaza se adscribe a dicho trabajador por resolución de la Dirección de Personal de la Función Pública con efectos de 6 de diciembre de 1998.

El 25 de septiembre de 1998 se convoca proceso selectivo por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para la provisión definitiva de plazas, siendo adjudicada la plaza de oficial 1ª mecánico en la Delegación Provincial de Albacete de la Consejería de Obras Públicas a uno de los aspirantes aprobados en dicho proceso, mediante la Orden 674/2000, publicándose en el Boletín Oficial de Castilla-La Mancha el 11 de abril de 2000, y notificándose el cese al citado trabajador por adjudicación de su puesto de trabajo en oferta de empleo el día 24 de abril de 2000.

El actor formula reclamación previa ante la Consejería que le fue desestimada. Posteriormente presenta demanda ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Albacete, solicitando la nulidad de su despido por no haberse procedido conforme a una extinción por causas objetivas. Es desestimada su pretensión y recurre ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que estima el recurso, declarando nulo el despido y condenando a la Junta a la readmisión inmediata del actor.

Finalmente, la Junta presenta un recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, en cuya sentencia se recoge la doctrina a seguir para *“determinar cuál es la fórmula legal para extinguir el contrato de trabajo **temporalmente indefinido** (así calificado por Sentencia firme) mantenido con una Administración Pública, cuando la plaza desempeñada por el cesado ha sido cubierta, en proceso selectivo convocado por la Administración empleadora y adjudicada a uno de los aspirantes aprobados...”*. Es cierto que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia entendió que era de aplicación por analogía distintas sentencias del Tribunal Supremo (SS 10 de marzo de 1999 –RJ 1999/2124–, 5 de octubre de 1999 –RJ 1999/7761 y la de 5 de julio de 2000 –RJ 2000/6897) que aduce que en estos supuestos *“la Administración ha de seguir el expediente de regulación de empleo si la afectación es colectiva, o la extinción por causas objetivas, si no alcanza dicha condición”*.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo expone una serie de fundamentos de derecho que nos indica la aplicación que debemos de dar ante situaciones como las aquí planteadas, y que suscitan múltiples pormenores. Empieza la Sala exponiendo que *“**calificar como nulo el cese** de quien aquí es recurrido y condenar a la Administración a readmitirle como consecuencia de dicha calificación, cuando la plaza que desempeñaba temporalmente es deferida a otra persona, en virtud del éxito alcanzado en la selección legalmente efectuada, **equivale a mantener una condición de fijo**, porque no pueden dejar de tenerse en cuenta las previsiones de los artículos de la Ley de Procedimiento Laboral que regulan la ejecución del fallo de nulidad de un despido...”* Por lo tanto y como primer aspecto, el equiparar dicho cese con una nulidad por un presunto incumplimiento de lo establecido en una supuesta extinción por causas objetivas, es considerar al laboral indefinido como laboral fijo, dado que en ningún caso podrá ocupar definitivamente su plaza el aspirante que por medios legales accedió a su puesto.

Pero continúa la sentencia afirmando que *“la figura del contrato de trabajo temporalmente indefinido, mediante la cual esta Sala ha acomodado los mencionados principios constitucionales con el mantenimiento y defensa de los justos límites y requisitos de la contratación temporal, viene delineada por nuestra Sentencia de 20 de enero de 1998 (RJ 1998/1000), dictada en Sala General, en la que **se aplica dicha figura de contrato de trabajo, al tiempo que niega la condición de fijos a trabajadores al servicio de una Administración Pública.**”* Es por ello que la vinculación del contrato indefinido se realiza en función de una temporalidad estableciendo que dicha temporalidad en la Administración equivale a una indefinición real de la misma (obsérvese como ejemplo lo establecido en el art. 4. 2 b) RD 2720/1998).

Avanza la Sentencia que estamos analizando que *“si se tiene presente que el trabajador indefinido temporal al servicio de una Administración Pública puede haber*

sido contratado por razones de urgencia incluso para una plaza inexistente, en ese momento, dentro del organigrama de los servicios de la Administración; y así sucedió con el hoy recurrido..... El art. 15 de la Ley 30/1984, que el impugnante aduce, dispone que no puede contratarse a ningún trabajador fijo si no es para un puesto que figure en la relación de puestos de trabajo. Cierto; pero aquí el mecanismo es el inverso: **consiste en que se contrata sin carácter de fijo, sino temporalmente indefinido, para un puesto que, después, figura en la relación de empleo público, lo que no está vedado por el citado art. 15 de la Ley 30/1984.** Cuando se nombra, posteriormente, a un fijo para uno de estos puestos, se cumple con la Ley en plenitud, porque se acomoda fijeza laboral con relación de empleo público. **Y el temporalmente indefinido ve concurrir la causa legal de extinción introducida en su contrato por aquel pronunciamiento judicial**". Se afirma, por lo tanto, que forma parte del clausulado del contrato la disposición jurídica que reconoce la extinción cuando dicho puesto sea cubierto mediante los sistemas legales de provisión definitiva, situando su finalización con la contratación de la persona que reuniera tales requisitos tras superar las pruebas selectivas conforme a lo estipulado legalmente.

3. La extinción del contrato indefinido por sentencia judicial

La sentencia anterior nos indica, además, la fórmula legal para la extinción de un contrato de trabajo indefinido en virtud de sentencia judicial, y para ello ésta dispone que *"aunque la condición de temporal de un trabajador cada vez se aproxima más a la del no temporal, y se les van reconociendo los mismos derechos laborales, cuando esta Sala introdujo la figura del temporalmente indefinido salvaba de las limitaciones y cortapisas de los trabajadores temporales a quienes no lo eran porque se negaba la eficacia a la cláusula de la temporalidad; pero hubiera incurrido en ofensa a los Principios constitucionales de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, tan reiterados a lo largo de esta Sentencia si hubiera proclamado una absoluta identidad jurídica entre el fijo y el indefinido temporal. No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad"*. Por ello, y ante una situación extintiva de la relación laboral indefinida debido a la cobertura definitiva del mismo por los procedimientos legales, la posición del Tribunal Supremo es la de dar un tratamiento jurídico similar a la extinción de un contrato de interinidad por la misma circunstancia.

Pero como decíamos al principio, tal solución genera interpretaciones también diversas, y de hecho la propia Sentencia aludida incorpora un voto particular magistrado Martín Valverde, adhiriéndose otros dos Magistrados de la Sala, y se inicia con un total respaldo al planteamiento de partida de la Sentencia tal cual es que *"el con-*

trato de trabajo al servicio de una Administración Pública, de un lado debe calificarse como contrato por tiempo indefinido cuando no concurren las causas tasadas que justifican los contratos por tiempo determinado de acuerdo con el art. 15 del E.T.". Ahora bien el citado Magistrado difiere principalmente del tratamiento legal de la extinción del contrato de trabajo indefinido por virtud de aplicación de sentencia judicial. Sostiene Martín Valverde que *"la pérdida del puesto de trabajo por atribución en concurso de méritos de la plaza ocupada a otro trabajador no es una causa consignada en el contrato sino una causa consignada en la Ley"* añade asimismo, en defensa del derecho del trabajador que *"la inclusión del cese del trabajador en la presente controversia dentro del despido procedente por causas objetivas previsto en el art. 49.1.l) del E.T. no plantea inconveniente alguno en este terreno de la dogmática o sistematización de los conceptos jurídicos"*. Por ello manifiesta que *"si nos encontramos por hipótesis ante trabajadores contratados por tiempo indefinido **no parece coherentes privarles de cualquier indemnización por fin de contrato**, equiparando las consecuencias de su cese a las de los trabajadores interinos, y situándolos en una posición incluso más desventajosa que la de los trabajadores que cesan en la Administración por 'expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato', los cuales tienen derecho por Ley a una indemnización 'de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio' art. 49.1.c) E.T."*.

Bajo esta concepción predomina la extinción de índole objetiva por circunstancias previstas legalmente, con el fin de propiciar el derecho de indemnización que de otra forma, con su equiparación a la interinidad, quedaría definitivamente abolida. Lo cierto es que la Sentencia confirma y afirma que existe similitud en el tratamiento extintivo entre ambas modalidades contractuales indefinidas desde el punto de vista temporal, y con una extinción previa reconocida que, derivada de su provisión definitiva, se intercala de forma expresa en su clausulado en aplicación de sentencia judicial.

V. ANOMALÍAS FRECUENTES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como hemos señalado con anterioridad, las múltiples vicisitudes en la contratación temporal por parte de la Administración se asemejan a las ocurridas en el ámbito de lo privado, con la única diferencia respecto a la sustanciación de los efectos finales derivados de tales irregularidades. En este punto nos detendremos en situaciones concretas para apreciar, a modo de ejemplo, la magnitud de las incidencias que ocurren en las Entidades Públicas que, en el caso de establecer un paralelismo respecto a la empresa privada, de ninguna de las maneras podríamos tacharlo de actuaciones ejemplarizantes, y eso que, conforme a lo ya señalado, deberían de responder en su actuación a favor del interés general, aunque en ciertos casos parece desterrado de algunas tomas de decisiones que más bien se orientan a un interés poco gratificante.

1. Las cesiones ilegales de trabajadores

Dentro de las Administraciones Públicas se han constituido Organismos y Empresas de capital público destinados a actuaciones que requieren cierta especialización o agilidad en la prestación de una serie de servicios de carácter públicos. Dentro de este ámbito nos centraremos en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de febrero de 2006. Los antecedentes se enmarcan en un grupo de siete trabajadoras que venían prestando servicios por cuenta de la empresa "Gestión y Planeamiento Territorial y Medioambiental, S.A" (GESPLAN) con una antigüedad la mayoría de ellas desde el 20 de agosto de 1998, excepto una que mantenía la relación laboral desde el 5 de abril de 1999, y con categorías de Licenciadas en Biología, menos una de ellas que lo era en calidad de Diplomada, asimilable a Documentalista.

Este grupo de trabajadoras prestaban servicios atendiendo el Banco de Datos BIOTA (de hecho, y tal como recoge la Sentencia, eran conocidas como las chicas BIOTA), que consistía en una base de datos bastante extensa donde se registran aquellos datos publicados y no publicados sobre especies vegetales, animales y fósiles de Canarias, en definitiva, el registro correspondiente a la biodiversidad de Canarias. Por su trabajo respecto de BIOTA reciben una felicitación por parte del Director General de Política Ambiental del Gobierno de Canarias, manifestando que el proyecto BIOTA es un referente en Europa y que por ello se pretende extender esta experiencia a toda la Región Biogeográfica de Macaronesia. Del mismo modo, y dentro de la Iniciativa Comunitaria Interreg III B 2000-2006 (Azores-Madeira-Canarias) participan como formadoras dos trabajadoras del grupo.

Su lugar de trabajo en el momento de formalizar la demanda está situado en una edificación anexa en el complejo del Centro de Planificación Ambiental propiedad de la Comunidad Autónoma de Canarias, pero que fue cedido a la empresa GESPLÁN, aunque mantiene la administración de dicho edificio ya que en la propia Consejería figura una unidad de contadores y de intendencia para dicha edificación.

Debido a lo prolijo del caso situaremos en el mismo los aspectos comunes a todas las trabajadoras, que serían:

- a) Seis trabajadoras suscriben un contrato de trabajo temporal de acumulación temporal con fecha 20-08-98 hasta el 19-12-98, excepto una. El objeto de todos los contratos es el mismo, esto es, "atender el exceso de trabajo que tiene Gesplán, S.A. en el Banco de Datos: Biota-especies, respecto de..." en este último punto a cada profesional se le asignan diversas especies (fanerógamas, helechos, artrópodos, criptogmas, etc) según el caso.
- b) Finalizado este contrato se suscribe otro contrato con Gesplán, S.A., sin interrupción alguna en la prestación de servicios, con fecha 20-12-98, pero esta vez por obra o servicio determinado cuyo objeto es "cargar el Banco de Datos: biota-especies (le siguen las correspondientes las especies asignadas en el contrato anterior), según convenio firmado entre la Universidad de La Laguna y Gesplán, S.A. el 28 de julio de 1998". A este grupo se le añade una trabajadora más (la

- séptima) con el mismo contrato temporal y mismo objeto, pero desde el 05-04-99. Todas ellas prestan servicios en departamentos diversos de la U.L.L.
- c) Concluido el contrato anterior el 30-04-00, se vuelve a formalizar con las trabajadoras un nuevo contrato igual que el anterior con fecha 01-05-00, también temporal sin fecha cierta de término cuyo objeto, en la mayoría, es “la realización de tareas administrativas y el apoyo al personal de Gesplán, S.A. que lleva a cabo el establecimiento y creación del banco de datos de la biodiversidad en su tercera fase ‘biota-Terrestre’, así como la carga de datos de las especies de fauna y flora terrestre, según el encargo realizado por la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente a Gesplán, S.A., para el ejercicio presupuestario de 2000”, y su ubicación laboral es el CEPLAM.
- d) Para abreviar, queda probado que de forma sucesiva y con diferentes modalidades contractuales temporales, unas veces en función de los ejercicios presupuestarios y otras por diversos contenidos y categorías, prestan servicios con una ubicación común desde el año 2000, el CEPLAM, manteniendo dicha relación laboral hasta el año 2004, ya que todas vuelven a suscribir un nuevo contrato temporal el 01-03-04. Se estableció en todo momento una dependencia y organización del trabajo respecto a la carga del Banco de Datos BIOTA por parte del Servicio correspondiente de la Consejería del Gobierno de Canarias.

Finalmente interponen demanda en reclamación de derechos contra la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente y GESPLÁN, S.A; y la Sentencia reconoce que la base de datos BIOTA es necesaria y fundamental para el desarrollo de las Políticas Medioambientales, siendo necesaria para la elaboración de informes de declaración de espacios protegidos, declaraciones de impacto ambiental, etc. Es decir, nutre un sistema esencial del correcto funcionamiento administrativo de la Consejería del Gobierno de Canarias, ya que los usuarios mayoritarios de dicha base de datos es el personal de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente, figurando además dentro de la empresa pública GESPLÁN, S.A. desde el año 2000 (primer contrato con el Gobierno de Canarias) un coordinador que está en comunicación con otra persona de la Consejería.

Por último, si acudimos al objeto social de GESPLÁN, S.A. comprobamos en su artículo 2 que, entre otros, se contempla los estudios medioambientales y de fomento de la naturaleza, así como gestiones y actuaciones concretas, inclusive de inversión, en el área ecológica y medioambiental, dentro de las que cabe incluir a título meramente enunciativo las relacionadas con la flora, fauna, ecología, habitats naturales, biodiversidad, ecosistemas, montes, protección del paisaje, espacios naturales protegidos, contaminación ambiental, divulgación y difusión de materias medioambientales, tratamiento de residuos y actuaciones de carácter forestal.

Con estos datos someramente expuestos, y dado lo complejo del asunto, podemos llegar a la conclusión de la existencia de una cesión ilegal de trabajadoras a la Comunidad Autónoma, tal y como así reconoce la propia sentencia, debido a que en la práctica, la empresa pública GESPLÁN, S.A. actúa como mera intermediaria

que pone a disposición a un grupo de trabajadoras que prestan sus servicios bajo la dependencia, la organización y lugar de trabajo de otra Entidad, en este caso la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente, dado que la labor realizada en la Base de Datos BIOTA está regulada por las directrices que emanan del Servicio público en que se encuentra adscrita. Es decir, realmente no existe por parte de GESPLÁN, S.A. una puesta a disposición del Gobierno de un producto finalizado, lo que evidenciaría la asunción de un riesgo derivándose por lo tanto una actuación autónoma, lo que realmente existe es una puesta a disposición de un grupo de trabajadoras para realizar una actividad propia y necesaria de la Consejería, sin la cual se verían muy seriamente mermados aspectos relevantes de su actuación administrativa, convirtiéndose prácticamente GESPLÁN, S.A. en una mera pagadora de salarios y justificadora de un alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

Esta actuación lo pone de manifiesto el propio Tribunal cuando refleja que *“la codemandada Gesplán asume un riesgo genérico en cuanto ajustar el precio de la contratación con la Consejería y los gastos de dirección y personal que tiene que asumir para cumplir con las prestaciones acordadas con la Consejería, el riesgo concreto del buen funcionamiento de la Base de Datos a quien le interesa es a la Consejería, que es la titular de la misma, poniendo especialmente de relieve que la Base de Datos referida depende del Jefe de Servicios de Biodiversidad de la Consejería, por lo que se observa una doble vinculación de la demandante, una de tipo orgánico y funcional que le lleva a depender de la Consejería y otra de carácter jerárquico derivada de su dependencia de Gesplán, S.A. que les contrata a todas y les paga las nóminas, poniendo de relieve especialmente la virtualidad en las funciones que vienen realizando que incardina más en la actividad propia de la Consejería que en la empresa formalmente empleadora, ...”* Por todo ello el TSJC confirma la Sentencia de instancia que declaraba la existencia de cesión ilegal de las trabajadoras, declarando el derecho de las mismas a adquirir la condición de personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias con vínculo laboral indefinido, dado que las propias trabajadoras optaron en su incorporación a favor de la Comunidad Autónoma.

Hechos como el analizado pone de manifiesto la fragilidad que existe en la concepción laboral de la Administración ya que, urdiendo todo tipo de entramados, pretenden con ello hurtar el acceso a la función pública de forma transparente y legal, amén de intentar, mediante procedimientos más ágiles, conseguir el fin último: una prestación de servicios por parte del personal, pero sin incremento de plantilla, aplicando el gasto al capítulo de gastos corrientes, con menor dificultad a la hora de su reducción o rescisión que si se crean las correspondientes plazas con su vínculo económico correspondiente, gasto que se mantendría de forma permanente e inexorable.

2. Las situaciones de simulación laboral

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 2 de febrero de 2005 (Recurso 3544/2004), nos situamos ante un Ingeniero Técnico Topógrafo que

inicia una relación laboral el 1 de junio de 1990 con la Comunidad de Madrid mediante una selección a través del INEM, con la finalidad de suscribir un contrato de trabajo en prácticas. Dicho contrato se formaliza como Ingeniero Técnico Topógrafo para el "Proyecto de Revisión de la Cartografía E-5", consistente en deslindar los términos municipales de la Comunidad de Madrid. Dicho contrato laboral en prácticas finaliza el 31 de diciembre de 1990. Hasta aquí todo parece transcurrir dentro de la normalidad, lo que ocurre es que a partir de esta fecha continúa una relación con el Servicio Cartográfico Regional de la Dirección General de Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid conforme a dos etapas diferenciadas. La primera se extiende desde el 1 de enero de 1991 (al día siguiente de su cese en el contrato temporal) hasta el 31 de diciembre de 1997.

En el primer año (1991) es contratado como autónomo, a través de la empresa Geomap, para realizar un trabajo de actualización de líneas de límites municipales en los términos municipales de Mejorada del Campo y Velilla de San Antonio, actividad claramente coincidente con lo desarrollado de forma genérica en su trabajo laboral en prácticas del año anterior y cuyo cometido lo efectuaba para el Gobierno regional. A partir de 1992 hasta la finalización en 1997, formula un contrato de naturaleza administrativa de Consultoría y Asistencia Técnica de manera directa con la Comunidad de Madrid, sin embargo el contenido de dichos contratos, año a año (aunque con vencimiento inferior a los doce meses), versan todos en la actualización de líneas límites municipales de la Comunidad de Madrid, sólo que en cada anualidad variaba el número de expediente a acometer.

En este período su trabajo se realiza bajo las directrices y supervisión del Servicio de Deslindes y Grandes Escalas del I.G.N. y del Servicio Cartográfico Regional de la Comunidad de Madrid; su forma de proceder seguía los cánones establecidos para el resto de funcionarios; los materiales y documentación eran provistos por la Comunidad; debía informar periódicamente al Jefe del Servicio Cartográfico del estado del trabajo que desarrollaba; sus trabajos de campo eran revisados por las comisiones nombradas al efectos por las administraciones implicadas y contenían la firma de un funcionario y la del propio Ingeniero Técnico Topógrafo; y por último el personal que colaboraba con el Ingeniero estaba a cargo de la Comunidad madrileña.

El segundo período transcurre desde el 1 de enero de 1998 hasta la presentación de la demanda en el año 2003 para que le sea reconocida la relación laboral indefinida por parte de la Comunidad de Madrid. En esta etapa mantiene la misma forma jurídica de contratación administrativa de Asistencia Técnica, pero variando en cada año el objeto del encargo, aunque todos tienen un punto en común y es la relación evidente de los mismos con el Servicio de Cartografía del Gobierno de Madrid. Tal es así que su trabajo lo realiza en las dependencias de dicho Servicio, acudiendo regularmente al mismo en horario de 8 h. a 15 h. de lunes a viernes como el resto de los funcionarios. Además se le asigna un turno de vacaciones y permisos como al resto de empleados públicos, acudiendo a dos cursos de formación enviados por la propia Dirección General. De la misma manera que en la primera etapa, utiliza el mobiliario y equipamiento del Servicio.

Por lo tanto comprobamos que estamos ante un trabajador *que voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y bajo el ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*, que en este caso recae en una Administración Pública. En la situación reflejada en el caso que nos ocupa se produce por lo tanto una simulación relativa a un contrato de trabajo, ya que lo que realmente se hace es intentar disimular la relación laboral con la figura del contrato administrativo de Consultoría y Asistencia Técnica, incurriendo claramente en una simulación laboral evidente que conlleva un claro tratamiento discriminatorio respecto a las condiciones de índole laboral que le son aplicados al resto de trabajadores.

Los rasgos de esta simulación se encuadran en una dependencia clara, diáfana y evidente respecto a la Comunidad de Madrid, con una supervisión de sus trabajos en la dirección, un mandato respecto a su desarrollo, y un resultado final del mismo que no pertenece al Ingeniero Técnico, sino que automáticamente pasan a conformar parte de la propia Administración, no asumiendo por lo tanto ningún riesgo derivado del alcance de los mismos. De igual manera tiene tal incidencia la dependencia que acude regularmente, en horario y en jornada laboral administrativa a un puesto de trabajo en las dependencias del Servicio Cartográfico Regional de la Comunidad de Madrid, disfrutando de períodos de vacaciones y permisos como cualquier otro trabajador de la Comunidad Autónoma y asistiendo a cursos formativos mediante la intervención del Gobierno de Madrid. En definitiva comprobamos como una Administración Pública conculca un derecho del trabajador, aprovechándose de su situación de inferioridad en la relación claramente laboral que mantienen.

Con la gravedad de que el trabajo desempeñado por el Ingeniero Técnico Topógrafo es el habitual, permanente y propio de la Administración para la cual presta sus servicios, lo que lo hace per se incompatible con una contratación de índole administrativa ya que, tal y como reconoce la propia Sentencia aludida al inicio de este epígrafe, el que una vinculación de índole administrativa reúna tal condición ha de ser para *"... la realización de un trabajo específico y concreto y no habitual, trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es la prestación de trabajo como tal, sino un 'trabajo específico' es decir un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en si mismo independiente del resultado final"*. Obviamente con la situación descrita se *"... excluye el trabajo específico, concreto y no habitual al que el Decreto 1465/85 ofrece su cobertura para sustraerlo de la presunción de laboralidad del E.T."*

Por todo lo anterior el Tribunal Superior de Justicia de Madrid terminó confirmando la Sentencia del Juzgado de lo Social, que declaraba tal relación como laboral **y por tiempo indefinido**, con la consiguiente aportación de cantidades en concepto de antigüedad dejados de percibir, iniciando su cómputo desde el 1 de junio de 1990.

3. La vulneración de derechos fundamentales y la nulidad en el despido

Los hechos ocurren en octubre de 2003 cuando un grupo de trabajadores contratados por la Agencia de Empleo y Desarrollo Local del Cabildo de Gran Canaria son cesados supuestamente por extinción del contrato debido a la finalización del mismo. Estos empleados inician su relación laboral con la Institución Insular en octubre del año 2000, tras superar una selección realizada conjuntamente entre el INEM y el Cabildo mediante un contrato de obra o servicio determinado, y recibiendo una retribución conforme a una subvención percibida entre el Cabildo de Gran Canaria y el Instituto Canario de Formación y Empleo. Este grupo de trabajadores, junto con otros que ya no mantenían relación laboral con el Cabildo, presentaron en mayo de 2003 una reclamación en materia de salarios, debido a que lo percibido hasta la fecha era inferior a lo establecido para el resto del personal de la misma categoría en la Administración Insular, existiendo por lo tanto una diferencia, ya que el Cabildo abonaba unos salarios en función de las subvenciones percibidas y no conforme a lo estipulado en el Convenio Colectivo, Convenio que además contemplaba la posibilidad de disponer una diferencia retributiva por tal concepto.

Con posterioridad a la exigencia de este derecho que consideran conculcado (tal es así que la Sentencia del Juzgado de lo Social, nº 5 de fecha 17 de abril de 2006 sobre cantidad –nº de procedimiento 718/2003– les da la razón en su totalidad), se procede a la extinción del contrato de trabajo, ya que la Institución Insular solicita para el período 2003/2004 una subvención al ICFEM sólo para cuatro contrataciones, en lugar de los once que hasta la fecha les venían subvencionando, continuando vigente, eso sí, el programa inicial que se desarrollaba en la Consejería Insular de Empleo y Desarrollo Local. Por lo tanto el Cabildo extingue el contrato a siete de los once Agentes de Empleo y Desarrollo Local que venían desempeñando sus funciones hasta ese momento.

Los demandantes solicitan el despido nulo haciendo constar en el cuerpo de la demanda que el mismo *“es discriminatorio –y por lo tanto conculca el derecho de igualdad del artículo 14 CE– pues otros compañeros no han sido cesados y en realidad responde al hecho de que la dicente ha interpuesto demanda reclamando las retribuciones que cree le corresponden, por lo que el cese también conculca su derecho de indemnidad y la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24 de la Constitución”*. Por lo tanto nos encontramos con unos hechos que, en caso de resultar probados, van contra uno de los principios básicos de cualquier Organismo Público como es la defensa del interés general, así como el cumplimiento y acatamiento de la Ley

La primera Sentencia que se pronuncia al respecto fue emitida por el Juzgado de lo Social nº dos de Las Palmas de Gran Canaria (Sentencia nº 187/2004), el 3 de mayo de 2004, dándoles la razón a los demandantes respecto a lo actuado por el Cabildo de Gran Canaria. Hemos de tener presente que la nulidad de un despido se produce por la vulneración de derechos fundamentales y que, por lo tanto, exigen un grado de prueba y de verosimilitud a los ojos del juzgador de tal naturaleza, que

no quepa duda respecto a la existencia de la pretendida discriminación alegada en el despido (Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1994, de 20 de junio). Tal inconsistencia de pruebas son esgrimidas por la parte demandada que el propio Magistrado-Juez llega a afirmar que *“la única causa por la que para el año 2003-2004 se apruebe una subvención para cuatro agentes, en lugar de para once, es que así lo ha solicitado el Cabildo. No se ha razonado de forma coherente y convincente por éste sobre los motivos que decide en 2003 solicitar la prórroga de sólo cuatro agentes. El Cabildo podía volver a interesar la prórroga de la subvención para la contratación de 11 agentes de desarrollo local hasta alcanzar los cuatro años de duración máxima de la misma. Sin embargo no lo hizo. Solicitó la prórroga sólo para cuatro y se desconocen los motivos de tal reducción”*.. Frente a esa situación no le cabe duda al juzgador de estar frente a una represalia hacia el grupo de trabajadores, dictaminando que *“... se considera probada la existencia de indicios de que la actitud del Cabildo encubre una represalia por ejercicio de la acción de reclamación de salarios superiores y obedece a su voluntad de poner fin a la relación laboral con los trabajadores que han formulado tal reclamación”*.

Es importante el sentido de esta primera Sentencia, pues marca una actuación por parte de la Administración que encarrila un pretendido acto administrativo supuestamente a favor del interés público en una dimensión claramente vulneradora de derechos. Lo expresa claramente la sentencia cuando manifiesta que *“el empresario debe hacer transparente su decisión extintiva y acreditar que la misma es ajena a todo propósito violador de derechos fundamentales (haciéndose eco de las múltiples Sentencias del Tribunal Constitucional como en el caso, entre otras, la 104/1987, la 21/1992, la 85/1995, la 7/1993 o la 136/1996). Eso es precisamente lo que no ha efectuado la demandada en el presente procedimiento. En ningún momento ha disipado la fundamentada sospecha de que nos encontramos ante despidos acordados como reacción a la acción emprendida por los actores y que, por ello, deben calificarse nulos, con arreglo al art. 55.5 ET, por haber tenido por móvil la represalia por la reclamación previa formulada por los actores en reclamación de un salario superior, lo que constituye una vulneración del art. 24.1 CE”*.

Tras esta advertencia jurídica tan importante se condena al Cabildo de Gran Canaria a la readmisión inmediata de los trabajadores en los mismos puestos y condiciones de trabajo que regían antes del despido, abonándoseles sus salarios de tramitación. La misma se lleva a cabo por Decreto de 13 de mayo de 2004, tras el acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno Insular por ejecución provisional de sentencia, pero mediante un contrato nuevamente temporal hasta octubre de 2004 (período máximo de vigencia del programa subvencionado de la Agencia de Empleo y Desarrollo Local).

Esta Sentencia incorpora aspectos que implementan lo reflejado en la emitida en primera instancia, estableciéndose como fundamentos de derecho lo innecesario de disponer de subvención para formalizar un tipo de contrato, pues toda disponibilidad económica de una Administración es de carácter temporal ya que necesariamente está vinculada a unos presupuestos que han de aprobarse anualmente. Del mismo modo, y recogiendo lo estipulado en una Sentencia anterior de dicha Sala,

introduce que el objeto de las contrataciones efectuadas “... comprenden una gran parte de la actuación general y ordinaria de cualquier Corporación Local (y los Cabildos lo son por su doble naturaleza establecida en el Estatuto de Autonomía) ... podemos decir que son tareas (las de los Agentes de Empleo y Desarrollo Local) **de duración indefinida** en el tiempo que los Entes Locales tiene que prestar indefectiblemente, por lo cual **no se ha acreditado la vinculación de la actora a programas concretos y específicos**, con sustantividad propia respecto a la gestión administrativa habitual y de duración determinada en el tiempo, estando sus tareas vinculadas a la gestión en general de los cometidos municipales, lo que no constituye una obra o servicio con sustantividad propia y de naturaleza temporal, puesto que tales generales funciones se han de mantener de forma indefinida, ...”. Aspectos éstos importantes que volveremos a encontrar en el devenir de este caso.

Mientras este nuevo proceso continuó lo cierto es que este grupo de trabajadores fueron nuevamente contratados para obra o servicio determinado, por el período que va desde la firma de los nuevos contratos hasta el 28 de octubre de 2004, y cuyo objeto es la prestación de servicios como Agentes de Empleo y Desarrollo Local en el proyecto denominado “Agencia de Empleo y Desarrollo Local”, instando el propio Cabildo al Servicio Canario de Empleo (S.C.E.) a ampliar la subvención a dicho proyecto, solicitud aceptada por resolución de la directora del S.C.E. A primeros del mes de octubre se notifica al grupo de trabajadores la extinción de sus respectivos contratos a partir del día 28 por expiración del tiempo convenido.

Tras este cese se inicia un proceso judicial por parte de los Agentes de Empleo y Desarrollo Local al entender éstos que, tras incorporarse por sentencia judicial, existía un nuevo despido dado que nunca se ejercitó la reincorporación tal y como establece el despido nulo, limitándose el Cabildo de Gran Canaria a volver a contratar de nuevo temporalmente a este personal en lo que restaba de tiempo para culminar el proyecto que originó su contratación inicial.

En primera instancia el Juzgado de lo Social nº 2 emite nuevamente sentencia el 5 de diciembre de 2005 (juicio número 1107/2004) considerando esta nueva extinción como un despido improcedente, condenado por lo tanto al Cabildo a su readmisión y no considerando como nulo este nuevo despido. Tras dicha Sentencia, interponen Recurso tanto los demandantes como el demandado ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que dicta Sentencia el 17 de enero de 2007 (nº de rollo 756/2006) y que de forma concluyente vuelve a resaltar un proceder contrario a la Ley por parte de la Corporación Insular. En la citada sentencia se observa aspectos importantes que definen la relación laboral entre este grupo de trabajadores y la Administración como de carácter laboral indefinido, en virtud de una declaración de nulidad por vulneración de derechos.

La Sala de lo Social del TSJC entra en primer lugar a valorar si se dió debido cumplimiento a la readmisión de los trabajadores tras la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2, de 3 de mayo de 2004, que declaraba la nulidad de su primer despido efectuado en octubre de 2003. Es taxativo el juzgador cuando encuentra en la actuación administrativa un claro incumplimiento de la sentencia, ya que se debía ejecutar

por parte del Cabildo en todos sus términos y conforme a lo marcado legalmente, increpando a la Institución por tal incumplimiento. Así la Sala reconoce que *“la Corporación demandada vino a dar un **cumplimiento meramente formal** a la sentencia, eludiendo la responsabilidad derivada de la nulidad del despido basada en la vulneración de un derecho fundamental de los trabajadores, que implicaba la **efectiva e inmediata reincorporación** de estos a sus puestos de trabajo, **sin limitación alguna** que, como la condición de temporalidad, **vendría a burlar la sanción para la Administración demandada**”*. Tal es el grado de vulneración que la propia Sentencia decreta tal actuación como *“... **conducta en fraude de ley** (art. 6.4 del Código Civil) y **abuso de derecho** (art. 7 del Código Civil), habiendo venido a eludir la tutela judicial efectiva prestada a los trabajadores accionantes”*.

Tras esta exposición en sus fundamentos de derecho por parte del Tribunal, se entra también de forma efectiva a valorar circunstancias concordantes con la actividad laboral desempeñada, lo que sin duda resulta del todo interesante de cara a explicitar, con ejemplos reales, las vicisitudes acaecidas cuando el empleador es una Administración, y cuando la figura contractual elegida es de carácter temporal. Ya se expuso con anterioridad que la doctrina reconoce como perfectamente posible la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas, y que además puede hacerlo para la realización de obra o servicio determinado, siempre y cuando el objeto del mismo responda a una actividad temporal delimitada y que goce de *autonomía y sustantividad propia*. Pero, ¿realmente estamos ante una actividad aislada, temporal y con un objetivo específico ajeno a la obligatoriedad de prestarse por parte de la Administración? Al parecer, y así lo reconoce el Tribunal, no es el caso que ocupa esta contratación, dado que, tal y como se recoge en la Sentencia, *“en el caso de autos, los contratos de trabajo, no especifican sus objetos con la suficiente precisión y claridad; no se establece en los mismos la vinculación de su duración con una concreta subvención que les sirve de soporte económico, y no se ha acreditado que las tareas realizadas tuvieran sustantividad propia y carácter temporal”*. Lo que realmente sucede en este caso es que la contratación laboral temporal nueva responde, por parte del Cabildo de Gran Canaria, al intento de *“... eludir el cumplimiento en sus propios términos de las sentencias dictadas en su día, por la que se declararon nulos sus despidos,...”*.

El fallo final, por lo tanto, no pudo ser otro que la revocación de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de fecha 5 de diciembre de 2005 que declaraba el despido como improcedente, *“declarando la **nulidad del despido** de los actores con efectos del 28 de octubre de 2004 y condenando a la Corporación demandada a la readmisión inmediata de los trabajadores, con abono a los mismos de los salarios dejados de percibir”*.

4. Las reclamaciones de cantidad tras la suscripción de un contrato temporal

Tal y como se expuso en el punto anterior, la sentencia que declaraba la nulidad del despido se basaba en una represalia por parte del Cabildo de Gran Canaria hacia

un grupo de trabajadores, que solicitaron judicialmente el reconocimiento de unas cuantías salariales que no se ajustaban a lo que percibía el resto del personal de la misma categoría en la Corporación, todo ello en virtud de la Disposición Adicional Única del IV Convenio Colectivo del Cabildo de Gran Canaria. Este caso es el que se analizará a continuación, debido a que recoge una nueva vicisitud dirigida hacia los trabajadores contratados temporalmente por dicha Administración.

El inicio del expediente se inicia el 10 de julio de 2000, mediante la concesión de una subvención para un programa acogido al Plan Integral de Empleo de Canarias (PIEC) entre el Cabildo de Gran Canaria y el Gobierno de Canarias a través del Instituto Canario de Formación de Empleo. La subvención la percibe la Institución Insular y era requisito 'sine qua non' que el personal a seleccionar estuviera desempleado, figurara inscrito en el INEM como demandante de empleo y que perteneciera a algunos de los colectivos desfavorecidos. Debido a ello el Servicio Canario de Empleo envía un aspirante por puesto no cualificado y dos por puesto cualificado, previo sondeo realizado por la Oficina de Colocación.

Tras la selección se procede a formalizar la contratación con fecha 11 de octubre de 2000, y sus retribuciones las perciben conforme a lo estipulado en el Convenio Colectivo vigente y que reconocía, para el personal contratado mediante este tipo de programas, una asignación retributiva inferior al resto de categorías.

Este grupo de trabajadores presentan una reclamación en mayo de 2003 solicitando la diferencia retributiva conforme a las categorías que ostentan, reclamación que le es rechazada por el Cabildo por lo cual han de acudir a la vía judicial, emitiendo sentencia el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria el 17 de abril de 2006 (nº de procedimiento 718/2003). El Cabildo de Gran Canaria alega, para no acceder a lo pretendido, las condiciones específicas que regulan la contratación, la prestación del trabajo desarrollada y las condiciones que han de reunir los trabajadores para ser beneficiarios en este tipo de contratación.

En primer lugar, debemos de analizar, y así lo hace el juzgador, las múltiples sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en materia de aplicación del derecho de igualdad. Es cierto que el Alto Tribunal ha dictado que el principio de igualdad no conlleva un tratamiento por igual abstrayéndonos de posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica, pero sí insiste en su reconocimiento igualitario "*...entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, ...*" (STC 119/2002, de 20 de mayo). Por lo tanto, aunque un convenio colectivo puede matizar el trato por igual en ciertas materias reguladas por el principio de la autonomía en la voluntad de las partes, sin que tales matizaciones sean consideradas contrarias al principio de igualdad, en ningún caso, y dado su valor normativo, puede ir contra normas de rango jurídico superior, respetando siempre el marco constitucional de derechos fundamentales, y, en el caso que nos ocupa, especialmente el derecho a la igualdad y a la no discriminación entre trabajadores, cosa que se produce si existe "*... una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas ...*". (STC 181/2000, de 29 de junio).

A partir de este precepto entramos en lo alegado por el Cabildo de Gran Canaria, desmontado jurídicamente cada uno de ellos a favor del razonamiento anterior de aplicar los mismos derechos en situaciones similares. El primer argumento de la Administración se refiere a las condiciones específicas de su contratación, ya que la misma dependía de la existencia de una subvención por parte del Servicio Canario de Empleo para contratar a los desempleados asignados al proyecto. El juzgador rechaza de plano tal argumento debido precisamente al acto voluntario de la solicitud de recursos económicos, es decir, las cantidades a solicitar dependían en exclusiva de la Corporación Insular, manifestándose en la Sentencia que, tal y como dispone el art. 3 de la normativa que regula este tipo de subvenciones conforme a la colaboración entre el INEM y las corporaciones locales (BOE de 21 de noviembre de 1998), “... la cuantía de la subvención a percibir por las entidades solicitantes será la necesaria para sufragar los costes salariales totales, incluida la cotización a la Seguridad Social por todos los conceptos en la misma cantidad que la fijada para el salario según convenio colectivo vigente, por cada trabajador contratado. Así pues no es cierto que el INEM limita la subvención sino que es el Cabildo el que debe proponer la cuantía de la subvención... **el error parte del Cabildo que solicita una subvención inferior a la adecuada.**”

La segunda argumentación se refiere a la peculiar prestación del trabajo, ya que, según la Administración Insular, tiene por finalidad el permitir que determinados colectivos desfavorecidos de desempleados accedan a un contrato de trabajo. También es desmontable tal argumento porque refleja un contrasentido “ayudar vs castigar”, reflejando en dicho “castigo” un añadido a su situación personal y así la propia Sentencia reconoce que “... no se entiende cómo se puede favorecer la ocupabilidad y experiencia laboral de nadie pagando menos de lo que cobran otros trabajadores que realizan las mismas funciones, y además parece decirse que se les paga menos por sus circunstancias personales, precisamente una de las causas de discriminación a las que hace referencia el artículo 14 de la Constitución”.

Respecto a la última alegación efectuada por el Cabildo de Gran Canaria, ésta se basa en la condición que debían de reunir el grupo de trabajadores para poder acceder a esta contratación, como era la de estar en desempleo y pertenecer a algunos de los colectivos desfavorecidos. Obviamente parece razonable que esta circunstancia no sea óbice para cercenar un derecho, al contrario, lo único que sirve es para ostentar una temporalidad en la relación laboral entre ellos y la Corporación Insular. Este aspecto figura en el fundamento de derecho de la Sentencia cuando reconoce que “... precisamente esas circunstancias de contratación lo que hacen es que los contratos sean temporales y limitados en su duración en el tiempo, y no indefinidos, lo que pugnaría con los mencionados principios constitucionales, pero en modo alguno puede servir para pagar menos por la realización de las mismas funciones”.

Finalmente el Fallo es a favor de los demandantes condenando al Cabildo de Gran Canaria al abono del 100 % de las retribuciones establecidas como normas generales en el IV Convenio Colectivo.

A MODO DE CONCLUSIONES

Al inicio del trabajo se expuso como las Administraciones Públicas, en su concepción más amplia, pueden contratar, mediante la figura del contrato de trabajo, a personal laboral que desempeñe sus funciones en la misma, asumiendo el papel de empresario y regulándose mediante una normativa generada principalmente desde la óptica de la empresa privada. Por lo tanto le es aplicable tanto el Estatuto de los Trabajadores y las normas de desarrollo, como la propia jurisdicción social, pero su forma de proceder no puede incardinarse en la misma que la Ley establece para la empresa privada, pues su naturaleza pública y reconocimiento constitucional le obliga a actuar también desde la función pública que le es propia. Por ello, nos encontramos con un primer escollo, y es que la normativa laboral vigente en su conjunto está diseñada para las relaciones laborales tradicionales del Derecho del Trabajo entre empresarios y trabajadores, y no desde una concepción administrativa de su uso.

El segundo aspecto a destacar es el papel que juega la Administración en el contrato de trabajo. En nada se distingue del empresario privado cuando toma la decisión de vulnerar lo establecido en la Ley, unas veces de forma consciente, otras por acciones u omisiones contrarias a la propia normativa y a la jurisprudencia existente. Con claros ejemplos lo hemos pretendido mostrar en este trabajo, y lo más absurdo del caso es que estamos ante potentes maquinarias administrativas que en algunos casos cuentan con cuerpos jurídicos de reconocido prestigio, ya sea en plantilla o realizando contrataciones *ex profeso* de despachos profesionales, situación ésta que no han conseguido mitigar actuaciones tan importantes y contrarias a derecho como las aquí mostradas y como las que continúan sucediendo en todos los ámbitos de la Administración. Obviamente este resultado redundará, en un claro perjuicio para los trabajadores que de ella dependen y para la propia Administración, tanto por los costes derivados de los procesos y sus resultados, como por la imagen de parcialidad que se puede generar en el campo del Derecho del Trabajo, por parte precisamente de aquellos que deben velar por el interés general.

Por último, se demuestra que los órganos judiciales actúan de forma clara y contundente ante cualquier intento de infringir la Ley, venga de donde venga, situándose en los más elementales principios favorables a la parte más débil de la relación laboral, el trabajador, independientemente de que la figura contratante sea un empresario particular o toda una Administración Pública, llegando incluso a llamadas de atención tan importantes que no den lugar a dudas respecto a reponer derechos vulnerados por la parte contratante.