

EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO EN EL EMPLEO PÚBLICO INTERINO. ESPECIAL ATENCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Eduardo ROJO TORRECILLA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

1. Introducción. Algunos datos estadísticos para enmarcar el debate.
2. La simbiosis empleo privado- empleo público.
 - 2.1 Las similitudes, y diferencias, en la extinción de la prestación de servicios en los ámbitos público y privado.
 - 2.2. Límites específicos a la actuación de las Administraciones Públicas en materia de contratación de personal.
3. Las respuestas del TS (C-A) a la problemática suscitada por la extinción de la relación de servicio del funcionario interino. Mantenimiento de la prestación en caso de extinción no conforme a derecho.
4. La distinción por la Sala Social del TS entre el plazo de ejecución de las OEP y la duración de los contratos de interinidad o nombramientos de funcionarios interinos. el incumplimiento del primero no afecta a la duración de los segundos.
5. El debate en el ámbito local sobre la adquisición de fijeza: del personal laboral temporal en fijo (laboral) y del personal funcionario interino en fijo funcional, pero sin ser funcionario de carrera.
 - 5.1 ¿Sirve la selección en una contratación temporal para poder después adquirir la condición de fijo laboral?
 - 5.2. ¿La antigüedad, y la ocupación de una misma plaza y/o la realización de las mismas funciones, por parte de personal funcionario/estatutario interino como vía para acceder a la fijeza funcional? Un apunte a recientes resoluciones judiciales de los Juzgados C-A.
6. Algunas sugerencias de modificación de la contratación laboral temporal.

Resumen.

El artículo aborda el estudio de diversas cuestiones suscitadas con ocasión de la extinción de la prestación de servicios de trabajadores del sector público con contratación laboral temporal o con nombramientos de funcionario interino. Es objeto de atención la jurisprudencia de las Salas Social y Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo, el debate existente en el TSJ de Galicia sobre el acceso a la fijeza laboral tras contratación temporal irregular, y recientes sentencias de juzgados que se pronuncian en uno u otro sentido sobre estas cuestiones.

Palabras clave. Extinción, contratación temporal, empleo interino, Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia, Juzgado.

1. INTRODUCCIÓN. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS PARA ENMARCAR EL DEBATE.

El Boletín Oficial del Congreso de los Diputados publicó el viernes 11 de septiembre una “Proposición no de ley sobre la modificación del Estatuto Básico del empleado público”, presentada por el grupo parlamentario socialista¹.

Dicha norma es valorada muy positivamente, al margen de las peticiones de modificaciones solicitadas para su necesaria adaptación, ya que constituyó “una pieza clave en el desarrollo y modernización de las Administraciones Públicas, terminando con la dispersión normativa, fijo un modelo homogéneo de función pública, sello un marco de relaciones laborales bajo la negociación colectiva y configuró un mínimo común denominador para todos los empleados públicos (funcionarios, laborales y estatutarios), con pleno respeto a la autonomía de las distintas Administraciones”. Cabe añadir por mi parte, para ir contextualizando el debate, que La Ley del Estatuto Básico del Empleado Público ha posibilitado de forma muy amplia la utilización de las modalidades de contratación previstas en la normativa laboral, aun cuando por otra parte haya tratado de posibilitar una utilización más flexible de la fuerza de trabajo, sin las hipotéticas rigideces de la normativa laboral, por la vía de la incorporación de la figura del “funcionario interino”, siendo las causas que permiten su nombramiento extraordinariamente semejantes a las que permiten la contratación laboral temporal. En efecto, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, modificó la redacción originaria del art. 10.1 c), y así, mientras que la redacción anterior consideraba como funcionarios interinos (es decir, aquellos que “por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera”) quienes eran nombrados por darse la circunstancia de necesidad de “La ejecución de programas de carácter temporal”, el nuevo texto “traslada” la mayor parte de un contenido laboral, el

¹ La proposición no de ley centra su atención en la problemática del personal interino, por una parte, y en el trabajo no presencial vinculándolo a las medidas de conciliación de la vida personal y familiar por otra, siendo la segunda objeto de debate en estos momentos en la mesa general de negociación de las Administraciones Públicas. Respecto a las propuestas de modificación de la regulación del personal interino, se pide algo sobre lo que, a mi parecer, no habrá desacuerdo con carácter general con las numerosas asociaciones de personal interino existentes en las diversas Administraciones Públicas, y tampoco con las organizaciones sindicales más representativas que suscribieron los acuerdos para estabilización del personal y reducción de la temporalidad al 8 % en el ámbito público en 2017 y 2018, incorporados posteriormente a las leyes de presupuestos generales del Estado y que han tenido una aplicación muy desigual. No creo que haya nadie que esté en desacuerdo con la propuesta de “mejorar la regulación del personal interino”. Sí habrá, con toda seguridad, discrepancias en la concreción de la propuesta, ya que en esta se pide la “eliminación del abuso” en el uso de esta figura jurídica, y la evitación de que “pueda haber personas que estén durante años y décadas en situación de interinidad”. http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-137.PDF (consulta: 12 de septiembre).

art. 15.1 a) de la Ley del Estatuto de los trabajadores a la normativa administrativa, sólo que, obviamente, sin la protección de estabilidad de la relación contractual que la LET regula cuando se vulnere dicho precepto. En efecto, el nuevo epígrafe c) del EBEP considera como funcionarios interinos quienes sean nombrados para “La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto”. Con este precepto se completa, salvo en el ámbito de la protección frente al incumplimiento por parte del empleador de la relación contractual laboral, la aproximación iniciada por la redacción originaria del EBEP al art. 15 (modalidades contractuales de duración determinada) de la LET, que ya incorporó la consideración de funcionario interino a quien fuera nombrado por darse la circunstancia de “exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses” (el primer inciso del art. 15 1 b de la LET regula como modalidad contractual de duración determinada “Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas”).

En la introducción de la citada proposición no de ley se da cuenta de que “de los 2,6 m empleados públicos en nuestro país, un 7,14% de la Administración General del Estado, un 36,19% de los pertenecientes a la Administración de las Comunidades Autónomas, un 28% de los que prestan su servicio en las Corporaciones Locales y un 44 % de los trabajadores públicos en las Universidades, son temporales”; algo, que a juicio de quienes presentan la propuesta “hace necesaria la estabilización del personal”, y más cuando “el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del pasado mes de marzo, redundaba en esta necesidad de acelerar y acometer cambios que conduzcan a la reducción de la temporalidad en el empleo público”. Sin duda, se está haciendo referencia a la sentencia de 19 de marzo (asuntos acumulados asuntos C-103/18 y C-429/18).

Si vamos a los datos cuantitativos, a partir de la información disponible en el Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas², a inicios del presente año el personal al servicio de las distintas Administraciones Públicas se repartía en estos términos:

2.597.712 personas, de las que 1.458.453 eran personal funcionario, 599.613 personal laboral y 539.646 “otro personal”, con especial impacto del segundo y tercer colectivo en las Administraciones autonómicas y locales (209.108 y 456.721 las primeras, 308.070 y 70.103 las segundas). La tipología de personal utilizada, y que toma evidentemente como punto de referencia la que consta en la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, incluye, además de al personal funcionario de carrera, el personal estatutario de los servicios de salud y el personal laboral, el ya citado “otro personal”, en el que se incluye, en su gran mayoría el personal funcionario interino, es decir “el que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, es nombrado como tal para el desempeño de funciones propias de personal funcionario de carrera, cuando se dé

²http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/200101_Boletin_Enero_2020.pdf.pdf (consulta: 10 de septiembre)

alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 10 del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público”.

Por sexo, la presencia femenina es mayoritaria en ambos ámbitos territoriales. Para el personal laboral, en las autonomías hay 84.036 hombres y 125.972 mujeres, y en las administraciones locales 137,878 y 170.192, respectivamente. Para el “otro personal”, 119.597 hombres y 337.124 mujeres en las Comunidades Autónomas, y 26.476 y 43.627 en el ámbito local.

Si nos referimos únicamente al personal contratado laboralmente, y miramos a la realidad de todo el mercado de trabajo español, con indudable impacto en el sector público por el uso, y abuso, de las modalidades contractuales reguladas tanto en la LET como en el EBEP, repárese, con datos recogidos en el “Informe del mercado de trabajo estatal 2020 (datos 2019)”, publicado por el Observatorio de las ocupaciones del Servicio Público Estatal de Empleo³, que el pasado año se formalizaron 22.512.000 contratos, que afectaron a 7.684.000 personas, y que más de una tercera parte de dicha contratación fue a tiempo parcial (mayoritariamente femenina). Además, cabe destacar que la contratación indefinida supuso el 9,59 % del total, y el resto fue temporal. De la contratación temporal, más del 89 % se incluye en tres modalidades (obra o servicio, 36,39 %), eventual por circunstancias de la producción (45,94 %) e interinidad (6,91 %), o lo que es lo mismo 8.193.202, 10.341.952 y 1.555.355 contratos respectivamente. De los contratos temporales el 58,58 % fueron a tiempo completo, y el 31,83 % a tiempo parcial. En fin, otro dato relevante es que “De los trabajadores contratados el 50,1 % ha firmado un único contrato en 2019. El 20,90 % firmó dos a lo largo del año, el 10,03 % tuvieron tres contratos. Firmaron tres o más el 28,85 % de las personas contratadas, y más de diez contratos el 3,96 % (146.844 de 11 a 15, y 169.271 más de quince).

2. LA SIMBIOSIS EMPLEO PRIVADO- EMPLEO PÚBLICO⁴.

2.1 Las similitudes, y diferencias, en la extinción de la prestación de servicios en los ámbitos público y privado.

³ <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-general.html> (consulta: 12 de septiembre)

⁴ Queda fuera de mi estudio, por merecer un análisis monográfico por su importancia, el análisis de la extinción colectiva, es decir de la regulación de los despidos colectivos en las Administraciones Locales, posibilidad abierta, y utilizada, tras la reforma laboral de 2012, iniciada por el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero y continuada, tras la tramitación parlamentaria de este, por la Ley 3/2012 de 6 de julio. Valga citar los conocidos conflictos suscitados en los ayuntamientos de Estepona, Totana, Aljaraque, La Oliva, Telde, Jerez de la Frontera e Isla Cristina. Especialmente importante, por el número de personas afectadas y los numerosos conflictos individuales que se suscitaron posteriormente ante los Juzgados de lo Social, fue el Jerez de la Frontera, al que dediqué especial atención en mi blog Cfr. “Despidos colectivos en el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. Diferente criterio jurídico del TSJ y TS (con voto particular) sobre la validez de los criterios de selección de los afectados. Nota a la sentencia del TS de 25 de junio de 2014 (y sus efectos colaterales)” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/08/despidos-colectivos-en-el-ayuntamiento.html> (consulta: 10 de septiembre).

El artículo se centra, con las limitaciones propias del espacio disponible, en un ámbito muy concreto de la relación de trabajo, aquel que se produce justamente porque se llega, por diversos motivos, a su finalización, y señaladamente porque se cumple el requisito marcado, en principio, por la normativa vigente cuando es una relación de duración determinada. Además, se concentra en algunos temas de especialidad actualidad para la problemática que viven, y sufren, las Administraciones Locales y su personal.

Me estoy refiriendo, a la extinción de los contratos de duración determinada en general (obra o servicio, eventual, interinidad). Dado que hablamos no solo de personal laboral contratado por obra o servicio o por razones de eventualidad, sino también de personal interino, un supuesto específico es de la relación de una persona que ha sido contratada temporalmente con un contrato de interinidad para sustituir a otra con reserva de puesto de trabajo o bien para ocupar una plaza que está vacante y que ha de ser cubierta; o bien, la extinción de una prestación de servicios que tiene un nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionario interino y para el que la normativa de aplicación tanto en el ámbito estatutario como en el más general del empleo público fijan unas reglas estrictas en cuanto a su justificación y el periodo de duración o causa que dé lugar a la extinción.

Es decir, están en juego normas de carácter laboral, la LET, de la función pública, el EBEP, y de la “relación funcionarial especial” en el ámbito estatutario, el Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud. Se trata, en definitiva, de analizar cuándo una extinción es conforme a derecho y, en caso de que no lo sea, cuáles son los “remedios” que el ordenamiento jurídico, comunitario y español, prevén para no tratar a una persona que prestaba servicios de duración determinada (sea cual fuera dicha duración) de manera desigual no justificada, discriminatoria, con respecto a un trabajador o trabajadora “estable” con el que pueda efectuarse la comparación. Las palabras “fijeza”, “indemnización”, “indemnizaciones”, aparecen ya como punto de referencia para las resoluciones judiciales, aunque no lo es menos que también surgen inmediatamente las de “concurso”, “igualdad”, “mérito”, y “publicidad”, a modo de puzzle o crucigrama en el que todas las piezas, o palabras, deben encontrar acomodo y cobertura jurídica. La cuestión no es de menor importancia como es bien sabido, por el elevado número de personal temporal que presta sus servicios en las Administraciones Públicas españolas, muy en especial en primer lugar en las locales y en segundo término en las autonómicas, como he indicado con anterioridad, cabiendo recordar aquí además que las competencias en materia de sanidad y educación, ámbitos en los que existe el mayor número de personal temporal, están transferidas a las autonomías.

Ya apunto, refiriéndome al personal interino en el ámbito público, que la tesis de la “fijeza” en el empleo, o dicho de forma más clara que la irregularidad en la situación laboral deba conducir inexorablemente a una declaración de fijeza que colocaría al personal temporal afectado en idéntica situación a la del personal fijo (ya sea laboral o funcionarial) no ha sido a mi parecer, al menos hasta ahora, la tesis acogida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, JUE, y aunque se apuntaba que pudiera ser una de las posibles soluciones en las conclusiones de los asuntos C-103/18 y C-429/18 no se acogió finalmente en la importante sentencia de 19 de marzo de 2020, apostándose más bien, por una regulación indemnizatoria suficientemente persuasiva y disuasoria que lleve a la Administración Pública condenada a evitar seguir haciendo un uso abusivo de las

contrataciones o nombramientos temporales, abriendo el camino para que tales cuantías, si finalmente se extingue la relación de servicios, puedan ser fijadas en atención al perjuicio causado por los muchos años de inestabilidad laboral en situaciones que no hubieran debido producirse. En tal caso, el debate puede plantearse en términos de equiparar la indemnización a la del despido declarado improcedente en las relaciones contractuales a las que son de aplicación el Derecho del Trabajo; tesis, ciertamente, no querida por un sector de la doctrina administrativista, y por supuesto tampoco de sus órganos jurisdiccionales, que manifiestan con toda claridad que se trata de dos ramas del ordenamiento jurídico bien diferenciadas por sus características propias; diferencias, cada vez menores a mi parecer, si se repara en que se concretan en la forma de acceso y en el régimen extintivo cuando nos referimos al personal funcionario de carrera, o a la estabilidad obligatoria para el personal funcionario temporal si nos encontramos ante un despido disciplinario declarado improcedente. También puede plantearse el abono de una indemnización que será fijada por el juzgado o tribunal competente en atención al perjuicio efectivamente sufrido.

2.2. Límites específicos a la actuación de las Administraciones Públicas en materia de contratación de personal.

¿Hay diferencias en la contratación laboral en el sector privado y en el empleo público? La respuesta es afirmativa, aun cuando de forma gradual y paulatina la contratación de duración determinada, y la regulación del funcionariado con nombramiento interino (incluyendo aquí también al personal estatutario) se ha ido acercando en ambos regímenes por las modificaciones operadas en el EBEP. Si hablamos del sector privado, vale la referencia genérica a la contratación indefinida o temporal. Si hablamos del sector público, debemos diferenciar, según la forma de acceso, en contratación fija, contratación indefinida no fija y contratación temporal.

Las limitaciones a la contratación vendrán marcadas por las anuales Leyes de Presupuestos Generales y las medidas concretas que se adopten para posibilitar el uso de la contratación temporal, con afectación a la duración de los contratos de interinidad por vacante

Por otra parte, en las leyes de Presupuestos Generales del Estado de 2017 y 2018 ya se han impuesto responsabilidades a los gestores públicos que hayan autorizado contrataciones irregulares, algo que puede considerarse como un mecanismo que entra dentro de la cláusula 5.1 del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE sobre contratación de duración determinada para evitar el uso abusivo de esta. La disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018 de 3 de julio, de PGE 2018, reitera lo dispuesto en la normativa de 2017 respecto a las responsabilidades de las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la (indebida) utilización de la contratación laboral. Por ello sigue siendo importante recordar que los órganos competentes en materia de personal en cada una de las AA PPs y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental "...velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados

no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial”, así como también que las actuaciones irregulares que puedan producirse “darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”.

El análisis de las causas de contratación temporal y de su utilización por las AA PP, y más ampliamente en el sector público, debe abordarse tanto desde la óptica del cumplimiento de los requisitos formales que posibilitan su utilización como de los efectos que lleva aparejada la vulneración de la normativa laboral (inexistencia de causas, incumplimiento de requisitos formales, fraude de ley,...), habiendo merecido especial atención por el TS casos como los de extinción del contrato de interinidad por provisión de la plaza o por amortización del puesto de trabajo. Si bien es cierto que, una vez cumplido el trámite de acceso al empleo, no debe existir diferencia de regulación entre la contratación laboral (temporal al objeto de mi exposición) en el sector público y en el sector privado, no es menos cierto que el incumplimiento de la normativa sí puede generar diferencias en cuanto a sus efectos. En cualquier caso, hay que recordar aquí la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), y valga la cita de la sentencia 71/2016 de 14 de abril, en la que se afirma que el trato diferente entre trabajadores con contrato de duración determinada, así como los vinculados a la Administración pública mediante contrato indefinido no fijo, respecto al personal fijo, si no está fundado en razones objetivas suficientes supone la vulneración del principio de igualdad, y no es una razón objetiva la mera consideración de la contención del gasto público y la finalidad de mantener el empleo público.

En cualquier caso, el debate no puede ni debe centrarse sólo sobre la problemática del empleo público, al menos a mi parecer, sino que aquello a lo que debemos enfrentarnos es a una nueva, o cuando menos renovada, regulación de la contratación laboral temporal, con impacto tanto en el sector privado como en el público. No se olvide, en efecto, tal como he explicado con anterioridad, que la regulación originaria del art. 10 del EBEP, y mucho más la modificación posterior sobre las características del funcionario interino, se asemejan como dos gotas de agua a la regulación del art. 15.1 de la LET.

Por ello, cualquier cambio en el sector privado impacta de inmediato en el sector público, aunque ciertamente para este último quedan cuestiones propias como son la Ofertas de Empleo Público y su regulación, que queda condicionada tanto por el marco normativo propio, y al que convendría dar certeza jurídica para tratar de evitar en la medida de lo posible los vaivenes jurisprudenciales sobre qué debe entenderse por el plazo de tres años fijado en el art. 70.1 del EBEP para su ejecución, como por decisiones políticas vinculadas al uso de los recursos presupuestarios existentes y que pueden provocar (la crisis de 2009 a 2015 así lo ha puesto de manifiesto) un incremento del número de personas empleadas con carácter temporal y los consiguientes problemas jurídicos posteriores que llegan a los tribunales.

También hay que valorar el impacto de la normativa comunitaria más reciente, aun cuando aún se disponga de plazo por los Estados miembros para su transposición. Me

refiero a la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, en cuyo considerando segundo se dispone que “El principio nº 5 del pilar europeo de derechos sociales, proclamado en Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, dispone que, con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo, así como al acceso a la protección social y a la formación, y que debe fomentarse la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido. Por último, indica que deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos, y que los períodos de prueba deben tener una duración razonable”.

3. LAS RESPUESTAS DEL TS (C-A) A LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA POR LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO DEL FUNCIONARIO INTERINO. MANTENIMIENTO DE LA PRESTACIÓN EN CASO DE EXTINCIÓN NO CONFORME A DERECHO.

Es obligado prestar atención a dos sentencias dictadas el mismo día, 26 de septiembre de 2018, núms. 1425 y 1426 por la Contencioso-Administrativa (Rec. 785/2017 y 1305/2017) que han sido seguidas posteriormente por el alto tribunal en todos los conflictos semejantes de los que ha debido conocer.

La Sala se detiene en el examen, en primer lugar, de la cláusula 1 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE que recoge el acuerdo marco suscrito por las organizaciones empresariales y sindicales europeas sobre la contratación de duración determinada, y a continuación a la núm. 5, así como también a su preámbulo, pasando a continuación a recordar ampliamente la jurisprudencia del TJUE sobre la última citada, reproduciendo literalmente los apartados 34 a 64 de la sentencia de 16 de septiembre de 2016 que resolvió los asuntos C-184 y 197/15, y añadiendo después otras muy amplias referencias de dicha jurisprudencia. Recuerda que ha dictaminado que debe haber una protección eficaz para proteger al personal que presta sus servicios en la Administración cuando esta ha actuado de forma abusiva, que puede pasar por el mantenimiento de la relación o por otra de igual eficacia siempre que esté recogida en el ordenamiento interno.

Será a partir de entonces cuando se entre en el núcleo duro, central, de la cuestión litigiosa, pasando la Sala a examinar si se produce, tanto en uno como en otro caso, “una situación de abuso en la utilización sucesiva de relaciones de empleo de duración determinada”. La Sala afirma la existencia de ese abuso, a partir tanto de las afirmaciones contenidas, y no desvirtuadas, en la sentencia recurrida, como también resultante de la documentación administrativa obrante en los autos⁵,

⁵ En la sentencia que afectaba al Ayuntamiento de Vitoria, “... porque la documentación obrante en el expediente administrativo, proveniente de la propia Administración demandada, y muy en particular el informe que emite el Jefe administrativo de Medio Ambiente y Espacio Público el 13 de febrero de 2013 a petición de la Directora General del Departamento de Función Pública, así como el Decreto del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz de 10 de diciembre de 2012, avalan como única interpretación razonable que en el muy prolongado espacio de tiempo (1998-2012) en que el actor prestó

La existencia de ese abuso lleva inexorablemente a la conclusión de la inexistencia de razones objetivas que justificaran las sucesivas contrataciones y nombramientos de las Administraciones demandadas, con vulneración de la cláusula 5 del Acuerdo marco, no siendo en absoluto “el loable deseo de prestar los servicios con toda efectividad” excusa para “desconocer abusivamente los derechos sociales que pretende tutelar dicho Acuerdo” (sentencia Ayuntamiento Vitoria), ni tampoco la necesidad de garantizar la debida protección del derecho constitucional a la salud de la ciudadanía es excusa para tal desconocimiento (sentencia Osakidetza). No se respetaron las “medidas legales equivalentes” recogidas tanto en el EBEP como en la normativa estatutaria para evitar una prolongación abusiva de las situaciones jurídicas de dilatada temporalidad, por lo que la Sala concluye que debe ser aplicable la cláusula 5 del Acuerdo Marco y de la jurisprudencia del TJUE que ha procedido reiteradamente a su aplicación, en cuanto que, subraya con acierto a mi parecer la Sala, “la consecución de lo querido por ese acto normativo de la Unión no queda, en absoluto, a disposición del Estado miembro”. También decae la alegación de infracción del art. 135 de la Constitución y su posterior traslación a los PGE, con la imposibilidad de aplicar tasas de reposición, en cuanto que el sometimiento de la normativa interna a la comunitaria y a la jurisprudencia del TJUE ha de implicar que “no (se) haya de impedir las consecuencias y el efecto útil derivado de lo que al Estado español ordena el repetido Acuerdo marco y la jurisprudencia del TJUE”.

Llega el momento de determinar qué consecuencias jurídicas deben derivarse de la situación producida de abusos por parte de las Administraciones demandadas, no aplicando la Sala el art. 7.2 del Código Civil, aunque ciertamente hubiera sido posible, por cuanto no fue objeto de análisis en el proceso, “y sobre él no ha podido la parte recurrente alegar lo que a su derecho conviniera”. La Sala construirá su tesis partiendo de los principios comunitarios de efecto directo y primacía, para llegar a las conclusiones que siguen:

En ambos casos, los ceses del funcionario interino y del personal estatutario temporal no tuvieron una justificación objetiva de acuerdo a la normativa administrativa aplicable (en aquel entonces la Ley 30/1992), es decir no fue adecuado a los fines del ordenamiento jurídico, por lo que incurrió en un supuesto de anulabilidad. De ahí que la

servicios para dicho Ayuntamiento bajo la cobertura jurídica de su nombramiento como funcionario interino, cubrió necesidades que, de hecho, no tenían carácter provisional, sino permanente y estable, lo que, como consta en la jurisprudencia del TJUE antes transcrita, no está justificado en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del repetido Acuerdo marco”; en la sentencia de Osakidetza, porque “ porque la documentación obrante en el expediente administrativo, proveniente de la propia Administración demandada, desautoriza, tanto la invocación que aquel escrito hace de haberse observado lo previsto en el párrafo último del art. 9.3 del Estatuto Marco de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 diciembre, a cuyo tenor “Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro”; como la referida al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 26.5, párrafo segundo, de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, conforme al cual, “Asimismo, las necesidades de efectivos para las que no se prevea definitivamente su existencia estructural o respondan a la realización de tareas de duración determinada podrán dar lugar, siempre que exista dotación económica suficiente, a una relación de empleo estatutaria de carácter eventual y con régimen de dedicación tanto a tiempo parcial como a tiempo completo. Dicha relación de empleo podrá tener una duración de hasta 6 meses, prorrogable hasta un máximo de 3 años”.

relación jurídica deba subsistir hasta que la respectiva Administración cumpla con lo dispuesto en la normativa administrativa tanto para garantizar el efectivo cumplimiento de la normativa sobre nombramientos temporales como también a efectos de la desaparición de la plaza, entendiéndose la Sala que de esta forma se garantiza, de forma bastante efectiva y disuasoria, la plena eficacia del Acuerdo marco, ya que “una consecuencia que consistiera sólo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no sería lo bastante disuasoria como para garantizar esa plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización”, debiendo valorarse, “de modo motivado, fundado y referido a ellas en concreto, si procede o no el incremento de la plantilla... con las consecuencias ligadas a la decisión que se adopte, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente deban prestar tales funciones”.

Importante es sin duda el planteamiento que efectúa la Sala respecto al posible reconocimiento de un derecho indemnizatorio, que en esta ocasión no se concede porque la sentencia de instancia negó que en la demanda se concretaran cuáles eran los daños y perjuicios causados, para que la parte demandada pudiera dar adecuada respuesta a tal pretensión, y reconoció un derecho indemnizatorio “de futuro”, que no procede ahora en cuanto que el TS ha reconocido el derecho al mantenimiento de la relación jurídica mientras no se cumplan las condiciones fijadas por la normativa (provisión de la plaza por concurso, o amortización) para su extinción. Obsérvese bien, es importante reseñarlo, que el TS no se opone en modo alguno a que pueda reconocerse un derecho indemnizatorio, si bien pone de manifiesto que tal derecho deberá atender a las circunstancias singulares de cada caso; es decir, “debe ser hecho en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y sólo habría podido ser hecho si la parte actora, además de deducir tal pretensión: a) hubiera invocado en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y b) hubiera acreditado por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo pudiera quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida”.

En definitiva, la Sala se apartará de la aplicación de la normativa laboral (de creación jurisprudencial) sobre la aplicación al ámbito administrativo de la figura del trabajador indefinido no fijo cuando se produzca una vulneración sobre la normativa de nombramientos de personal funcionario interino o estatutario temporal, por considerar que la sentencia recurrida “ha interpretado de manera errónea el ordenamiento jurídico”, así como también al entender que “llegado, y justificado su cese, deberá percibir la indemnización – dice – señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales”. Y, por otra parte, estrechamente vinculada a la anterior, que la relación de empleo de las partes recurrentes en ambos casos subsistirá desde el momento posterior a su cese, con los derechos profesionales y económicos inherentes, hasta que cumplan la

normativa básica que les es de aplicación (en el primer recurso el art. 10.1 del EBEP, y en el segundo el art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

4. LA DISTINCIÓN POR LA SALA SOCIAL DEL TS ENTRE EL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LAS OEP Y LA DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE INTERINIDAD O NOMBRAMIENTOS DE FUNCIONARIOS INTERINOS. EL INCUMPLIMIENTO DEL PRIMERO NO AFECTA A LA DURACIÓN DE LOS SEGUNDOS.

Nueve recientes sentencias, abordan la misma problemática, y por supuesto con la misma conclusión. Por decirlo con las propias palabras de la sentencia 410/2020 de 9 de junio (Rec. 4845/2018), “la cuestión a decidir en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si, en el ámbito del empleo público, un contrato de interinidad por vacante que se celebra cumpliendo todas las exigencias legales queda desnaturalizado como consecuencia del transcurso de los tres años a que alude el artículo 70 EBEP”⁶.

La Sala se pronunciará en los mismos términos que la tesis propugnada por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, presentados el 26 de septiembre de 2019 y basado en la reciente jurisprudencia hasta entonces dictada por el alto tribunal, siendo del parecer (vid fundamento de derecho primero. 4) que el art. 70 EBEP “impone obligaciones a las Administraciones Públicas, pero no establece que la superación del plazo de tres años suponga la novación de los contratos de interinidad por vacante. O que éstos tengan una duración máxima de tres años”

En efecto, todas las sentencias referenciadas dan respuesta a recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por diversas Consejerías de la Junta de Andalucía contra sentencias dictadas por la Sala Social del TSJ autonómico (sede Granada) que estimaban los recursos de suplicación interpuestos por las partes demandantes en instancia (trabajadores y trabajadoras con contratos de interinidad por vacante) y declaraban “el carácter indefinido no fijo” de la relación laboral que unía a las partes desde el inicio de la prestación de servicios.

En el fundamento jurídico quinto de la citada sentencia 410/2020, que tomo como punto de referencia para mi exposición, la Sala aborda la resolución del caso, que le llevará a estimar el RCUd interpuesto por la autoridad política autonómica, casando y anulando la sentencia recurrida, y desestimando el recurso interpuesto por la trabajadora.

⁶ El resumen oficial de la misma sentencia ya nos indica como resuelve la Sala el litigio planteado, y en los mismos términos se manifestarán las restantes sentencias, al mismo tiempo que apunta la integración de la jurisprudencia del TJUE en sus tesis anteriormente defendidas y que consideran que siguen siendo plenamente válidas: “Contrato de interinidad por vacante celebrado conforme a Derecho, pero que se desarrolla durante más de tres años. JUNTA DE ANDALUCÍA. El transcurso del plazo de tres años fijado en el artículo 70 EBEP, por sí solo, no comporta su conversión en uno de carácter indefinido no fijo. Aplica doctrina de SSTs 322/2019 de 24 abril (rcud. 1001/2017) y 536/2019 de 4 de julio (rcud. 2357/2018), ambas dictadas por el Pleno. Actualiza fundamentación de tal doctrina, en concordancia con las posteriores SSTJUE sobre empleos de duración determinada”.

Primera argumentación de la Sala: no estamos en presencia de un contrato de duración “injustificadamente larga” (expresión de propia cosecha del TS y que sustituye en su más reciente doctrina a la de “duración inusualmente larga” recogida en el apartado 64 de la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018, asunto Lucía Montero Mateos). La sentencia del TSJ recurrida afirma que la conversión del contrato temporal en indefinido se produce porque duró más de los tres años previstos en el art. 70.1 EBEP, sin que hubiera vicio alguno en la formalización, que solo existiría jurídicamente hablando por el transcurso en exceso de los tres años fijados en el EBEP para la ejecución de la OEP. Aquí la Sala acude a una tesis ya defendida en numerosas sentencias anteriores, si bien siempre insistiendo en que hay que prestar atención a las circunstancias concretas de cada caso, cuál es la situación de crisis económica y el efecto que tuvo sobre la elaboración de los presupuestos públicos.

No obstante, la Sala incorpora argumentos basados justamente en dicho derecho para justificar su tesis de que los largos períodos transcurridos desde la contratación hasta la convocatoria de la OEP y su ejecución ha estado debidamente justificados. Para el TS, por decirlo con sus propias palabras, “Que durante la etapa de severa recesión económica (inmediatamente posterior a 2008), con normas impidiendo la convocatoria de plazas a fin de cumplir con las exigencias comunitarias de la estabilidad presupuestaria, no se activara durante tres años la convocatoria de una plaza de empleo público, dista de ser algo injustificado; desde luego, tampoco puede considerarse que ello comporte una duración “inusualmente larga”, en cualquiera de las acepciones de la locución.”.

En segundo lugar, la Sala manifiesta, y obsérvese como una sentencia como la de 19 de marzo que se refiere a un supuesto de relación funcional interina es también ahora utilizada en un conflicto que afecta a personal interino laboral, que no estamos ante un supuesto de sucesivas contrataciones “que pueda activar la aplicación de la doctrina formulada por la STJUE de 19 de marzo de 2020”, ya que se debate sobre la validez de un único contrato de interinidad por vacante debidamente identificado por lo que respeta a la plaza que se ocupa y sin que se hallan llevado a cabo prestaciones de servicios distintas de aquellas para las que fue contratada la trabajadora, añadiendo con una nada velada crítica a la sentencia recurrida que el hecho de que se trata de necesidades permanentes “en modo alguno comporta fraude, como algún pasaje de la sentencia recurrida parece sostener, sino todo lo contrario”. Bueno, alguna duda me suscita que unas “necesidades permanentes” puedan estar cubiertas “de manera temporal” durante muchos años, y no parece que ello sea muy consecuente con la razón de ser, jurídicamente hablando, de los contratos temporales, si bien el TS se apoya en la especial importancia que en el empleo público ha tenido la situación de crisis económica para mantener su tesis.

Pero no basta con la crisis y sus efectos sobre las Leyes de PGE y su impacto en la congelación o restricción de las ofertas de empleo público, ya que en bastantes ocasiones el TJUE ha insistido en que las consideraciones de índole presupuestaria no pueden llevar a infringir la Directiva 1999/70/CE, y su correspondiente transposición al ordenamiento jurídico nacional, al margen de que se trata de empleos en el sector público. Aquí la Sala busca apoyo tanto en la propia Constitución española como en el derecho primario de la UE para justificar la corrección de las decisiones adoptadas no solo en esta

ocasión sino en todos los supuestos en los que las convocatorias de OEP se han dilatado en el tiempo desde el inicio de la crisis y han conllevado que la duración de los contratos de interinidad por vacante vinculados a una plaza que debía salir a concurso se hayan mantenido en el tiempo mucho más allá de tres años. Es decir, será el propio derecho comunitario primario el que justificará las medidas adoptadas en cuanto que ha supuesto la modificación del texto constitucional y ello ha tenido consecuencias determinantes sobre los presupuestos generales anuales de todas las Administraciones Públicas⁷.

Obsérvese como de un “plumazo jurídico”, si me permiten la expresión, el TS está validando, con amparo en el derecho primario europeo, las medidas adoptadas por las distintas AA PP que han significado dilatar en el tiempo las OEP. Cuestión distinta, y que por tanto no creo que afecte a este planteamiento, es cuando la contratación se haya efectuado sin que hubiera ninguna plaza vacante que debiera salir a concurso y que además en ningún momento se hayan adoptado las medidas oportunas para que la plaza fuera cubierta de manera jurídicamente adecuada, por lo que creo que la doctrina sentada por el Pleno de la Sala en la sentencia de 24 de abril de 2019 (Rec. 1001/2017) sigue teniendo pleno valor en casos como estos.

¿Mi parecer sobre la argumentación del TS? Pues que está sólidamente construida pero que aun así puede provocar roces, o algo más, con la jurisprudencia del TJUE sobre la no aplicación de criterios económicos para tratar de justificar el incumplimiento de normas de la función pública, por lo que no es descartable en modo alguno la presentación de nuevas cuestiones prejudiciales ante el TJUE... , aun cuando a mi parecer lo más importante, como he dicho en reiteradas ocasiones, es la modificación de la normativa laboral y de la función pública para evitar que se sigan produciendo situaciones en las que un número importante de personas se mantengan durante muchos años en situación de “temporalidad permanente”, algo que, estoy plenamente convencido de ello, no es bueno para esas personas pero tampoco para las Administraciones Públicas y para toda la ciudadanía⁸.

⁷Por su indudable interés reproduzco el fragmento en el que se concentra esta argumentación: “Recordemos que esas restrictivas previsiones tienen como uno de sus objetivos cumplir con las exigencias de estabilidad presupuestaria que el Derecho de la UE impone hasta el extremo de haber obligado a una reforma constitucional (art. 135 CE). Y el propio Derecho primario de la UE sienta las bases de esa exigencia en los artículos 121 (supervisión multilateral) y 126 del TFUE (procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo), y en el Protocolo (n.º 12) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Este canon hermenéutico, por tanto, ha de ser especialmente considerado cuando se abordan cuestiones como la presente, donde entran en juego previsiones de Derecho eurocomunitario. Si, con ese importantísimo apoyo normativo, no cabía la convocatoria de plazas durante diversos ejercicios y se trata de periodo que afecta al caso, es evidente que no cabe hablar de incumplimiento por parte de la entidad empleadora. No podemos suscribir la tesis de que el art. 70 EBEP queda incólume porque ninguna referencia se contiene al mismo en tales normas de restricción presupuestaria”.

⁸ 2. En el mismo sentido de desestimar la petición de la parte trabajadora de reconocimiento por la Administración demandada de la condición de trabajador indefinido no fijo, vid: A) Sentencia del TSJ de Asturias 1246/2020 de 30 de junio (Rec. 3015/2019). Aplica la doctrina del TS de que el art. 70.1 EBEP no resulta de aplicación... “al no imponer la novación del contrato por el simple transcurso de tres años”. Aplica jurisprudencia del TJUE (sentencia de 5 de junio de 2018) y declara que “ni la imprevisibilidad de la finalización del contrato ni su duración permiten recalificarlo como contrato fijo...”. B) Sentencia del TSJ de Asturias 2003/2020 de 30 de junio (rec. 59/2020), con contrato suscrito el 18 de junio de 2007 “y con el paréntesis al que se refiere el TS (hasta el año 2015 estuvieron vigentes las limitaciones

5. EL DEBATE EN EL ÁMBITO LOCAL SOBRE LA ADQUISICIÓN DE FIJEZA: DEL PERSONAL LABORAL TEMPORAL EN FIJO (LABORAL) Y DEL PERSONAL FUNCIONARIO INTERINO EN FIJO FUNCIONARIAL, PERO SIN SER FUNCIONARIO DE CARRERA.

5.1 ¿Sirve la selección en una contratación temporal para poder después adquirir la condición de fijo laboral?

Quiero dedicar especial atención en este bloque al importante debate, que bien podría calificarse de “choque de trenes jurídico”, existente en la Sala Social del TSJ de Galicia sobre la superación de un concurso, en contratación laboral irregular, como vía para acceder a la condición de trabajador fijo en la Administración. El asunto, al menos hasta donde mi conocimiento alcanza, no ha sido resuelto aún en unificación de doctrina por la Sala Social del TS, aun cuando me inclino a pensar que se mantendrá la tesis de que la adquisición de dicha fijeza es posible si se accede, con carácter general, mediante el correspondiente mecanismo legal de oposición. Recordemos que el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local, regula en su art. 2 los sistemas de acceso y dispone que “El ingreso en la Función Pública Local se realizará, con carácter general, a través del sistema de oposición, salvo que, por la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del sistema de concurso-oposición o concurso”. Recordemos además lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LET, que regula la aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas, previendo la aplicación de la duración máxima y límites de encadenamiento previstos en el art. 15 LET a los contratos suscritos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, “sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable”. La norma dispone, y la jurisprudencia del TS es muy clara y contundente en esta línea, que “En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la

presupuestarias) no han transcurrido los tres años a los que se refiere la norma citada como infringida, pues desde entonces son cuatro los concursos de traslado convocados y en los que la plaza de la actora no se ocupó, y dos ofertas públicas de empleo que incluyeron dicha plaza y no fue elegida”. C) En sentido contrario, es decir de aceptación de la tesis de reconocimiento de la condición de indefinido no fijo, vid sentencia del TSJ de Castilla y León (sede Valladolid) 2003/2020 de 29 de junio (Rec. 131/2020), con voto particular discrepante caso de un profesor de la Universidad de Valladolid).

extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”.

Pero, dejemos de lado las hipótesis y concentrémonos en las respuestas que se han dado en las ya numerosas resoluciones judiciales en que la Sala autonómica gallega ha debido pronunciarse con ocasión de la “mala praxis laboral” de diversos Concellos.

A) Tesis favorable a la adquisición de fijeza. La sentencia estrella, a la que siguen (y copian) todas la demás que se pronuncian en el mismo sentido, es la núm. 3950/2018 de 28 de junio (Rec. 1102/2018), siendo importante reseñar que el proceso de selección se había celebrado de acuerdo a los principios de mérito, igualdad y capacidad, y que quedó probado en instancia que se habían convocado como temporales plazas que eran estructurales. Fue recurrida en unificación de doctrina, pero el recurso fue desestimado por motivos formales por auto del TS de 13 de junio de 2019 (Rec. 4011/2018), ya que la sentencia aportada de contraste, de la propia Sala, núm. 11006/2012 de 27 de diciembre (Rec. 4777/2012) no coincidía con ninguna de las citadas en su preparación, lo que determinó la inadmisión del recurso “por el incumplimiento de un defecto procesal insubsanable”. La síntesis de la demanda y de las alegaciones de la parte demandada, así como las conclusiones de la sentencia de instancia quedan fielmente recogidas en el fundamento de derecho primero de la sentencia del TSJ, que por su interés reproduzco a continuación:

“PRIMERO.- La parte actora interpone en su día demanda en materia de reconocimiento de derecho y reconocimiento de condición de personal laboral fijo contra el CONCELLO DE A GUARDA, en dicha demanda la actora hace referencia a que los demandantes se presentan a un concurso para la provisión de 9 plazas de personal laboral para el Grupo de Emergencias Supramunicipal, concurso convocado por el referido Concello en el que no se hacía mención, en las bases de la convocatoria, si la cobertura era para una plaza temporal, teniendo el puesto un carácter estructural. Los demandantes superan el concurso público por lo que entienden que su nombramiento y condición, - dado que el puesto convocado es de carácter estructural y no pudiendo sustentarse la supuesta temporalidad en la financiación vía subvención- ha de ser la de personal laboral fijo, por lo que solicitan que así se les reconozca, o de forma subsidiaria, que se declare su condición de personal laboral indefinido no fijo, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración. La sentencia de instancia considera acreditada la existencia de una convocatoria para un proceso selectivo para cubrir nueve plazas de personal laboral para el Grupo de Emergencias Supramunicipal (GES) por el sistema de concurso oposición, proceso al que se presentaron los actores y superaron, tras lo cual se dicta resolución del Concello demandado por el que se les nombra personal laboral fijándose una duración contractual desde el 17 de agosto de 2013 hasta el fin de obra quedando supeditado a la vigencia del Convenio de colaboración suscrito entre la Xunta de Galicia, FEGAMP y las Diputaciones Provinciales en materia de emergencias, prevención y defensa contra los incendios forestales para la creación e implantación de los grupos de emergencias supramunicipales. La sentencia de instancia resuelve que la condición de los trabajadores no puede ser la de temporales por dos motivos: a) por transcurso del plazo máximo previsto en el art. 15.1.a) del ET ya que se han superado los tres años desde la fecha del inicio de la contratación, y b) porque los trabajos para los que fueron contratados los actores -servicios en materia de emergencias y prevención y de

defensa contra incendios forestales- son competencias municipales, de carácter estructural y estables en lo que se refiere a su prestación, por lo que no se puede considerar que se traten de una obra o servicio limitada en el tiempo. Descartada la naturaleza temporal de la contratación resuelve que la condición de los trabajadores ha de serla indefinido no fijo, y ello porque aun habiendo superado un proceso selectivo entiende que el mismo no reúne los requisitos legales establecidos en el RD 896/1991, por lo que no es equiparable a un proceso selectivo que deba superar cualquier otro ciudadano que pretenda acceder en condiciones de igualdad a la condición de personal laboral fijo en condiciones de igualdad ya que no se realizó a través de la oferta de empleo público, como exige el art. 33 del Convenio Colectivo, no se consensuaron las plazas ni las bases con la mesa de negociación; no se publicaron las bases en los boletines oficiales, el temario no cumple con los requisitos mínimos convencionalmente exigibles, por lo que no puede considerárseles personal laboral fijo, y sí solo indefinidos no fijos. Frente a dicho pronunciamiento se alza la parte actora y formula recurso de suplicación en el que solicita que, previa estimación del mismo, se estime íntegramente la demanda rectora de las presentes actuaciones. El recurso ha sido impugnado por el Concello demandado quien solicita su confirmación con imposición de costas a los recurrentes”.

El recurso será estimado ya que “a) La figura del indefinido no fijo está prevista para el supuesto en el que el trabajador fraudulentamente contratado como temporal ha accedido a ese puesto de trabajo sin superar un proceso selectivo, circunstancia que no se da en el caso de autos ya que ese proceso se ha seguido”, y “b) Que el hecho de que el proceso convocado no lo haya sido conforme a lo establecido en el convenio colectivo no priva de eficacia al mismo, ya que como señala la recurrente se ha seguido conforme a las bases establecidas en el Convenio de Colaboración suscrito entre Xunta, FGAMP y las Diputaciones Provinciales por el que crean los GES, sin que nadie hubiera impugnado las mismas, por lo que son vinculantes...”. En definitiva, se rechaza la tesis de instancia de que “... si bien reconoce que han superado un proceso selectivo, considera que el mismo no tiene la rigidez o la entidad suficiente como para permitir el acceso a la condición de personal laboral fijo por no reunir los requisitos previstos en el art. 32 del Convenio Colectivo de A Guarda, que a su vez se remite al RD 896/1991 de 7 de junio, así como los artículos 33 y siguientes del referido Convenio en donde se establece unos "mecanismos de garantía" (publicación en boletines oficiales, negociación de las bases con la mesa general de negociación) así como un temario más amplio del que aquí se utilizó...”

El núcleo duro y fundamental de la sentencia a mi parecer es el siguiente: “En definitiva, si la sanción ante el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal para el sector privado es la declaración de indefinición equivalente a fijeza, y el motivo de que no se aplica esta doctrina en el sector público -y sí la figura del indefinido no fijo- es porque ello supondría que accedan a puestos fijos personas que no ha superado un proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede aplicarse la misma solución cuando sí se ha seguido ese proceso selectivo. Es la Administración Pública la que ha optado por una contratación temporal fraudulenta cuando los puestos de trabajo eran de naturaleza estructural y por lo tanto deberían de haber sido convocados como fijos desde el principio, sin que el hecho de que la propia Administración hubiera utilizado un proceso selectivo público sin respetar todos los

requisitos establecidos en el Convenio Colectivo de aplicación pueda ser utilizado como un argumento en contra de los intereses de los trabajadores, que dado que han sido contratados para realizar labores estructurales, y han superado un concurso oposición deben de ser fijos”⁹.

Con posterioridad se han dictado varias sentencias que siguen fielmente a la que acabo de referirme: 3011/2019 de 30 de abril (Rec. 4813/2018)¹⁰, 3088/2019 de 15 de mayo (Rec. 280/219)¹¹, 6085/2019 de 7 de noviembre (Rec. 2079/2019), 3424/2020 de 16 de junio (Rec. 5330/2019)¹², y 3697/2020 de 17 de julio (Rec. 365/2020).

⁹ La sentencia fue objeto de un análisis crítico por el profesor Ignasi Beltrán de Heredia en “Contratación temporal ilícita en la administración: ¿es posible que la relación laboral se declare fija?”, en el que expuso que la fundamentación de la sentencia contenía algunas afirmaciones particularmente controvertidas, entre ellas la siguiente: “... si bien es cierto que el EBEP no contiene disposición alguna que concrete el sistema selectivo del personal laboral temporal (el art. 61 EBEP no contiene ninguna regla normativa obligatoria para este colectivo), la necesidad de proceder a la cobertura siguiendo el procedimiento ordinario, tal y como se explicita en la citada DA 15ª ET, hace que sea particularmente controvertido que el proceso de selección seguido en este caso sea suficiente para reconocer la condición de fijo. Sin olvidar que el art. 61.2 EBEP establece que “los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas”. Lo que implica que la condición de fijo no debería poderse adquirir a través de un procedimiento de selección «devaluado»». <https://ignasibeltran.com/2019/01/08/contratacion-temporal-ilicita-en-la-administracion-es-posible-que-la-relacion-laboral-se-declare-fija/> (consulta: 9 de septiembre)

¹⁰ “... solicitan los recurrentes que se les reconozca el carácter de fijo y no solo de “indefinidos no fijos”, y para ello sostienen en el recurso que accedieron al empleo mediante una convocatoria y debieron ser contratados como fijos, conclusión a la que se llegaría ante la existencia de irregularidades en la contratación temporal, debido que el acceso al empleo se verificó mediante un proceso selectivo, denunciando a tal efecto, infracción de art 103 de la CE y art 3 Y DA de RD 896/1991 de 7 de junio ,al considerar que se realizaron las convocatorias de procesos selectivos y en las citadas convocatorias no se establecía que los contratos que se formalizasen con los candidatos elegidos fuese de carácter temporal, ni causa alguna que permitiera entender que tal temporalidad existía. Y tal pretensión ha de ser acogida a tenor de lo expuestos por los recurrentes y cómo y ha resuelto esta sala en STJ Galicia de fecha de 29 de junio de 2018.”

¹¹ “...no cabe más que reiterar el criterio que viene sosteniendo esta Sala, haciendo especial hincapié en que (tal y como venimos concluyendo desde hace lustros, en aplicación de la doctrina sostenida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo) la existencia de un fraude en la contratación o cualquier otro defecto en la misma respecto de trabajadores temporales de la Administración Pública conduce a calificarlos como indefinidos; y, de otra parte, ello será así, salvo que hayan superado un proceso selectivo bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad, porque entonces serán fijos, aunque no funcionarios públicos; y así lo hemos expresado de manera firme en la resolución citada (sentencia de 28 de junio de 2018):

¹² “...la respuesta debe ser positiva, en el sentido de aceptar las argumentaciones de la parte recurrente, sin que el hecho de que el proceso selectivo no fuera realizado por la Xunta excluya tal consideración. Las razones que avalan tal conclusión tienen que ver con la naturaleza jurídica de la Fundación de la actora y con las condiciones de integración de la misma en el organigrama de la Administración Pública demandada. Aquí partimos de la base de que las condiciones de acceso al empleo de la actora lo han sido mediante un proceso selectivo, lo que le atribuye de inicio la condición de trabajadora fija, conforme a nuestra doctrina. Lo que resta determinar es si el hecho de que el mismo fuera realizado por la Fundación para el Fomento de la Calidad, y no por la demandada, impide considerar a la actora trabajadora fija de la demandada. Sin embargo, a nuestro entender, ello no debe ser así, por cuanto que la actora resulta, mejor, resultaba ser

B) A medio camino entre la tesis favorable a la fijeza y aquella que apuesta por el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo se sitúa la tesis de la sentencia 3538/2020 de 17 de junio (Rec. 9/2019), en la que se declara la inadecuación de procedimiento (conflicto colectivo) y no se entra a resolver sobre la pretensión de que fueran declarados fijos un determinado número de trabajadores que superaron las pruebas selectivas para personal laboral temporal (y para plazas, según la parte demandante, de carácter estructural).

Para llegar a la conclusión desestimatoria de la demanda por motivos formales, la Sala argumenta que "...En nuestro caso no se concretan en la demanda los nombres, y la nota de la homogeneidad se sustenta en la superación de un proceso selectivo y el tipo de contrato laboral (contrato de obra o servicio con idéntica causa) suscrito con posterioridad. Pero el examen del abundante documental aportada no nos permite concluir, trece años más tarde de dicho proceso, tal homogeneidad ya que como señala el Consorcio las circunstancias pudieran ser homogéneas y genéricas en dicho momento al tiempo de participar en dicho proceso, pero ya no lo son en la actualidad", y que "... no se aprecia la nota de homogeneidad a efectos de la pretensión de fijeza, que está relacionada con la contratación con causa inmediata en la celebración del proceso selectivo. La nota común radicaría en la naturaleza fraudulenta del contrato de obra en sí, desvinculado del proceso selectivo, y en relación con la pretensión de indefinición, pero lo cierto es que como indicamos en el fundamento de derecho anterior, tampoco habría esa nota de homogeneidad porque, como se aprecia de la lectura comparada del hecho séptimo y de la certificación del Consorcio que se da por reproducida en el hecho probado decimotercero, muchos de los trabajadores afectados por el supuesto conflicto son ya indefinidos".

C) Sentencias que mantienen tesis distintas, aun cuando no me atrevo a calificarlas de totalmente contrarias, a la primera referenciada, y declaran que no puede declararse la fijeza cuando la contratación se efectuó tras superar un proceso de selección para la ocupación de una plaza con modalidad contractual de duración determinada.

En primer lugar, la núm. 5675/2019 de 30 de octubre (Rec. 1710/2019), en la que se debate sobre un proceso de selección para la provisión interina de la plaza de trabajadora social, para sustitución de persona con reserva de puesto de trabajo, es decir con un contrato de interinidad temporal. Para llegar a una conclusión distinta a la de la sentencia de 28 de junio de 2018, se subraya que en esta no constaba que en las bases de la convocatoria se hiciese expresa mención a que la cobertura lo era para una contratación temporal, como sí ocurre en la de 30 de octubre. A partir de este dato, fundamental para la sala, "entendemos -como lo hizo el magistrado de instancia- que no se siguió el proceso selectivo correspondiente para una contratación de trabajadora social fija, puesto que el proceso convocado a tal efecto lo era expresamente para una contratación temporal. En este sentido, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad -arts. 23.2 y 103.3 CE, y art. 55.1 EBEP- que han de informar un proceso selectivo están directamente vinculados con la concreta plaza o contratación convocada. De modo que, si se convoca un proceso selectivo para una contratación temporal, aunque luego devenga fraudulenta,

trabajadora fija de la Fundación en cuestión, de ahí que la integración en la Administración demandada deba hacerse en calidad de tal.

no cabe entender que se ha seguido un proceso selectivo para ocupar con carácter fijo una plaza de trabajadora social”¹³. En los mismos, o casi idénticos, términos, se pronunciará la sentencia 2523/2020 de 8 de junio (Rec. 5309/2019)¹⁴.

La sentencia 5173/2020 de 11 de junio (Rec. 5173/2019), sin apartarse de la doctrina sentada por la de 28 de junio de 2018, va más allá y rechaza la tesis del reconocimiento de fijeza laboral, enfatizando con carácter general que “... tal sanción de fijeza se puede aplicar con total extensión en el caso de las relaciones laborales del sector privado, pero no cuando nos encontremos ante contrataciones temporales fraudulentas celebradas por la Administración Pública, y ello porque en este caso para alcanzar la condición de fijeza es necesario que el personal hubiera superado un proceso selectivo sometidos a los principios de igualdad, mérito y capacidad tal como impone los art. 23.2 y 103.3 de la CE, en relación con los art. 9.2, 11, 55 y 70 del EBEP...”. Llega a tal conclusión porque se trata ab initio de un contrato temporal “porque en las bases de la convocatoria consta claramente no solo los requisitos de los candidatos sino la documentación a presentar y también que el proceso de selección constaría de dos fases concurso de méritos y entrevista personal y que la contratación se limitaba al periodo de dos años y que con los restantes candidatos se elaboraría una lista de reserva, para futuras contrataciones temporales...”¹⁵

A mi parecer, sin duda la sentencia más importante, y más fundamentada, es la núm. 2922/2020 de 1 de julio (Rec. 5589/2019). El litigio suscitado versaba sobre la contratación laboral temporal suscrita entre un trabajador demandante y una fundación que más tarde fue integrada en la Xunta de Galicia, que adolecía de una clara irregularidad, tal como quedo constatado, pues se le había contratado en la modalidad de obra o servicio determinado “cuando es que la plaza que siempre ha ocupado es una plaza

¹³ Y sigue argumentando la Sala en estos términos: “Y así, el proceso selectivo convocado en el caso que nos ocupa, en tanto no lo fue expresamente para una contratación temporal, no dio cumplimiento a las exigencias del art. 61.7 EBEP -" Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos"- Todo lo que hay además que poner en relación con el art. 61.1 EBEP, que establece que: " Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia". Y ello en tanto que parece difícil hablar de una libre concurrencia -la cual parece directamente entrelazada con los principios de igualdad, mérito y capacidad- para ocupar con carácter fijo una plaza de trabajadora social, una vez que el proceso selectivo se convocó expresamente y de modo claro para una eventual contratación de naturaleza temporal...”.

¹⁴ “a diferencia de lo que sostiene la recurrente, el caso de autos no es comparable a los resueltos en las sentencias del TSJ de Galicia de 28 de junio de 2018 y de 30 de abril de 2019. En el que ahora nos ocupa consta una convocatoria expresa para un proceso selectivo de naturaleza temporal, que se ha realizado con un sistema de selección válido tanto para el personal fijo, como para el personal temporal. Y además es para un puesto de trabajo que inicialmente no se puede considerar como estructural”

¹⁵ En definitiva, para la citada sentencia “...Procede la estimación parcial de la demanda, ya que el contrato temporal sucesivo deviene indefinido por el número de contratos sucesivos y además en este caso deviene indefinido no fijo porque en el desarrollo de la relación laboral llevo a cabo trabajos no solo en la empresa para la que fue contratado sino que también realizó tareas en otras diferentes, y así conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del E.B.E.P que establece que el personal laboral puede ser fijo, por tiempo indefinido o temporal, de manera que por definición el trabajador indefinido es distinto del fijo y, en el presente caso, si bien el actor ha superado un proceso de selección, lo fue para acceder a un puesto temporal, y no fijo...”.

estructural de la fundación contratante, y luego del servicio al cual se le adscribió dentro de la Xunta de Galicia...”.

Con prontitud centra la Sala la cuestión a resolver, cual es si la irregularidad debe traer aparejada sólo la declaración del carácter indefinido no fijo del contrato (tesis de la parte demandada) o bien la fijeza laboral (es decir el carácter indefinido de la relación contractual, que en cualquier caso no excluye la posibilidad de extinción, si bien debe ser por un motivo expresamente recogido en la normativa de aplicación y no por la libre decisión empresarial), que era obviamente la tesis de la parte demandada.

Tras poner de manifiesto, con una elegancia jurídica que hay que aplaudir, que hay “dos líneas doctrinales” en la Sala, la sentencia defenderá que para poder llegar a adquirir la condición de fijeza es necesario que se haya superado un proceso de selección para acceder a la condición contractual de personal fijo, y defiende esta tesis porque la atribución de fijeza a quienes solo hayan superado un proceso de selección para acceder a una contratación temporal, “supone vulnerar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a cargos públicos (artículos 23 y 103 de la Constitución Española), así como los principios legales derivados de ellos, en particular los de publicidad de las convocatorias y de sus bases, y de transparencia(artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado Público)”;

afirmación general que concreta inmediatamente en estos términos: (1) se vulneraría la libre concurrencia que exige el principio de igualdad pues la publicidad de la convocatoria solo atraería la atención de aquellas personas que tenían interés en la contratación temporal, expulsando de principio a aquellas personas a quienes solo le interesaría ser personal fijo de plantilla; (2) se vulnerarían los principios de mérito y capacidad que, por su propia lógica, obligarían a una mayor exigencia si el puesto es fijo que si es temporal; (3) se vulneraría el principio de publicidad de la convocatoria y de sus bases pues quienes superasen el proceso para acceso a una plaza temporal se acabarían garantizando una plaza fija no incluida en la convocatoria publicada; (4) se vulneraría el principio de transparencia, posibilitando corruptelas de las administraciones públicas con el simple expediente de convocar como temporales plazas estructurales para después de un proceso de selección más ligero que el exigido para una plaza fija acabar posibilitando la adquisición de la condición de fijeza a quienes han superado ese proceso para personal temporal”.

5.2. ¿La antigüedad, y la ocupación de una misma plaza y/o la realización de las mismas funciones, por parte de personal funcionario/estatutario interino como vía para acceder a la fijeza funcional? Un apunte a recientes resoluciones judiciales de los Juzgados C-A.

Llamo la atención en este momento, no porque manifieste mi conformidad con sus tesis, sino por el impacto mediático que han tenido, especialmente la primera a la que me referiré y las expectativas que ha levantado entre gran parte del personal interino (que sean justificadas esas expectativas ya es algo muy diferente), sobre dos sentencias en las que se debate con mucha intensidad jurídica sobre la posible adquisición de la fijeza funcional, aunque no sea exactamente con la condición de funcionario de carrera, a partir de las posibilidades ofrecidas por la jurisprudencia del TJUE en la ya citada

sentencia de 19 de marzo de 2020. También se debate con no menor intensidad jurídica, pero eso sí con mucha menor proyección mediática, en otras sentencias de JCA que mantienen la línea clásica del TS y conceptúan la irregularidad en el empleo interino como algo susceptible de ser corregido mediante el mantenimiento en el puesto de trabajo hasta que la Administración decida que la plaza salga a concurso o que sea amortizada.

A) Sentencia 1352/2020 del JCA núm. 4 de Alicante de 8 de junio.

Se trata de una funcionaria interina del Ayuntamiento de Alicante que solicita, tras doce años de prestación de servicios, que debe ser reconocida su condición de empleado público fijo, “bajo los principios de permanencia e inamovilidad, al servicio de la Administración, en régimen de igualdad”.

Los argumentos más relevantes, a mi parecer, recogidos en la sentencia para llegar a la estimación de la demanda, son los siguientes:

“Ha sido la reciente sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/2018), la que ha acabado con el argumento tradicionalmente invocado por las autoridades españolas, que negaban la existencia de abusos en nuestro país, sosteniendo que los nombramientos del personal temporal en el Sector Público estaban amparados por la normativa nacional, especialmente por el EBEP”. Por mi parte, no creo precisamente que la sentencia del TS de 9 de junio, y ocho más idénticas a las que he dedicado mi atención con anterioridad, vayan en la misma línea, sino más bien lo contrario.

Para la jueza el ayuntamiento incurrió en un “evidente abuso de la contratación temporal”, vulnerador de la normativa interna y europea. Conviene precisar por mi parte que no se trataba de contratación laboral sino de nombramiento de funcionario interino.

¿Y cuál es la respuesta adecuada según la jueza (FJ séptimo)? Afirma que “recoge el testigo” del TJUE, y tras analizar todas sus respuestas a las cuestiones prejudiciales planteadas afirma lo siguiente:

“Siguiendo el hilo argumental de la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, la tercera medida acordar sería la de conceder *una indemnización* a favor de los empleados públicos víctimas del abuso. Si bien, como señala la sentencia, ésta sí que podría ser una “*medida legal equivalente*”, en los términos señalados por la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, lo cierto es que para que así fuera, deberían concurrir los siguientes requisitos, a saber: en primer lugar, que la indemnización esté específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva, y en segundo lugar, que la misma no sólo sea proporcionada, sino que además sea lo suficientemente efectiva y disuasoria.

Ninguno de estos requisitos concurre en el supuesto de Autos. En primer lugar, por cuanto que nuestro Ordenamiento Jurídico no prevé ni establece indemnización alguna a favor de los empleados públicos en caso de abuso en la temporalidad sucesiva, a excepción de las previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores para el caso de despidos de personal laboral privado. Respecto a la misma, ya se ha pronunciado el TJUE en su Sentencia de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-936/2018) y de 22 de enero de 2020 (Asunto Baldonado, apartados 61-63), en el sentido de indicar que la misma no constituye una medida legal equivalente en los términos que exige la Directiva, dado que

la misma no tiene por objeto sancionar el abuso en la temporalidad, sino compensar la ruptura imprevista y brusca del vínculo laboral en un contrato indefinido. Y en segundo lugar por cuanto que, esta indemnización tampoco sería *efectiva y disuasoria*, puesto que como ha indicado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019: " (...) *no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasivo frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal*". En análogos términos se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 al indicar que: " *una consecuencia que consistiera sólo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no sería lo bastante disuasorio como para garantizar esta plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización*".

Es un hecho notorio, que en España, ni existe una indemnización específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva, ni tampoco existe ninguna norma que permita multar a las autoridades o administraciones empleadoras responsables de estos abusos, de modo que establecer una indemnización que fuera lo suficientemente **eficaz y disuasoria** y que además protegiera debidamente al empleado público, alcanzaría una cifra tan elevada que difícilmente podría ser satisfecha por la Administración, dado que la misma debería ser calculada en función de los años de servicio prestados, pérdida de oportunidades, reparación por los costes añadidos que deberían abonar los recurrentes a su cese para que no se minorase su pensión de jubilación, así como daños morales.

Por lo tanto, considera la que suscribe, que la medida sancionadora más acorde y equilibrada, para dar cumplimiento a los fines de la Directiva comunitaria -con la debida protección de los empleados públicos víctimas del abuso, es el de la transformación de la relación temporal abusiva en una **relación fija**. Avala esta conclusión la propia Resolución del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2018 (2018/2600 RSP), en la que

se indica en su considerando 18 que " *la transformación de la relación temporal sucesiva en el sector público en un contrato fijo debe considerarse la medida más idónea para prevenir y sancionar de manera efectiva el abuso de la contratación temporal*".

Otros argumentos de la jueza para defender su tesis de que la medida es conforme plenamente a derecho son los siguientes:

"...la recurrente para acceder a la condición de personal interino/laboral han superado un proceso selectivo con pleno respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y libre concurrencia accediendo a las bolsas de personal por oposición por concurso de méritos,

"...la solución jurídica adoptada no va a implicar la transformación de la funcionaria interina en funcionaria de carrera, sino que la fijeza se va a materializar en el reconocimiento del derecho de la actora a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir la condición de funcionario de carrera..."

“...en el ordenamiento jurídico español no existe medida alternativa que sea lo suficientemente eficaz y disuasoria (para evita el uso abusivo de la contratación de duración determinada”.

En definitiva, la jueza es “misericorde” con el erario público español ya que le “libera” del pago de indemnizaciones muy importantes (siempre según ella), pero al fin y al cabo no acepta la literalidad de la sentencia de 19 de enero cuando afirma que no es posible la fijeza por la vía de haber pasado varios, muchos, años en situación de irregularidad laboral.

Frente a la sentencia anterior, cabe citar varias dictadas en las mismas fechas que mantienen la tesis contraria, con sustento en la jurisprudencia del TS. Destaco dos de especial interés. Así:

-- Sentencia 138/2020 del JCA núm. 2 de Alicante, de 18 de junio. Situación fáctica parecida a la de la sentencia del JCA núm.4 (9 y 12 años de antigüedad como funcionarias interinas respectivamente). El juzgador critica a la Administración por haber “desdibujado y desnaturalizado la figura del funcionario interino”. Pero, “a pesar del malestar de la demandante, que comprende este magistrado, la solución que se plantea en este procedimiento ha sido dada por el TS en las sentencias 14324 y 145 (de 26 de septiembre) de 2018, en las que se analiza un supuesto idéntico al que constituye el objeto de este procedimiento”, y afirma expresamente que la sentencia del TJUE de 19 de marzo no modifica el criterio seguido por el TS en las citadas sentencias... “lo que no prevé la sentencia del TJUE es la conversión de la demandante (funcionaria interina) en empleado público fijo”.

-- Sentencia 238/2020 del JCA núm. 10 de Valencia de 16 de junio. También defiende la aplicación de la doctrina sentada por el TS, y coloca a los aspirantes a opositar en el mismo nivel de protección que el funcionario interino, considerando que el abuso de la Administración al no convocar la OEP y cubrir correctamente la plaza no puede compensarse “con otro abuso distinto frente a terceros, como sería la atribución de un privilegio especial de funcionarización o cuasi-funcionarización de la parte hoy demandante”

B) Sentencia del JCA núm. 14 de Madrid de 29 de junio, que fue justamente el que elevó un de las cuestiones prejudiciales resuelta por la sentencia del TJUE el 19 de marzo¹⁶. (la negrita es del propio texto de la sentencia)

La primera pretensión planteada en la demanda era “Que se declare el derecho de mis mandantes y se condene a la Administración demandada, a que proceda a su nombramiento como empleados estatutarios fijos con destino en el Servicio Madrileño de Salud o subsidiariamente, como empleados estatutarios equiparables a los fijos al servicio de la Administración de Sanitaria, bajo los principios de permanencia e inmovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los odontólogos

¹⁶ He realizado un amplio análisis de dicha sentencia, así como de las conclusiones del abogado general, al que me permito remitir a las personas interesadas, en mi monografía “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el personal interino en el empleo público en España (2016-2020)”, CEMICAL, junio 2020. Texto disponible en https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_Extincion_relacion_de_trabajo.pdf

estatutarios fijos comparables con destino en el Servicio Madrileño de Salud, y en todo caso, acuerde aplicarles las mismas causas, requisitos y procedimientos para su cese en sus puestos de trabajo que la ley establece para los homónimos odontólogos estatuarios fijos, y a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeñan, con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen que sus homónimos estatuarios fijos comparables, y todo ello, como sanción al abuso en la relación temporal sucesiva y para eliminar las consecuencias de la infracción de la precitada norma comunitaria”.

Dos argumentos de la Administración demandada me parecen (ERT) de especial interés: en primer lugar, que la cláusula 5 del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE no es de aplicación directa, y así se afirma en la sentencia de 19 de marzo (apartado 101: “..no puede invocarse como tal en un litigio sometido al Derecho de la Unión con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria” ; en segundo término, “se alega, como razón esencial para la desestimación de la demanda, la necesidad legal y (la) obligación de superar un proceso selectivo, como condición necesaria para adquirir la condición de personal estatuario fijo; en caso contrario se incumpliría el Art. 23 de la CE, siendo en los procesos en que participan los demandantes menos rigurosos y con menos exigencias en la incorporación y la acreditación de los requisitos de mérito y capacidad, sólo se cumple la norma nacional si se supera el proceso en su totalidad, vulnerándose, en caso de estimar las pretensiones de los demandantes, el principio de igualdad”.

La jueza afirma (no era necesario en modo alguno a mi parecer, pero supongo que lo hace para justificar su conclusión) que la interpretación emitida por el TJUE “vincula a este órgano jurisdiccional que formuló la cuestión prejudicial, que en ningún caso puede separarse de ella o ignorarla”.

En una muy curiosa, cuando menos, interpretación de la sentencia del TJUE de 19 de marzo en relación con la sentencia (en realidad son dos) del TS de 26 de septiembre de 2018, la jueza afirma que “Precisar que la Sentencia del TJUE, no recoge esta Sentencia del TS de 26 de septiembre de 2020, como **medida (sanción) equivalente para prevenir y sancionar el abuso en la relación temporal sucesiva**, como solución al poder ser considerada una medida /sanción proporcional, efectiva y disuasoria, evidenciando, que **no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio, ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión**, ya que deja en manos de la Administración infractora, la voluntad en la decisión y también el cumplimiento de los plazos legales”.

A la jueza no le gusta nada, así me lo parece, la sentencia, pero no le queda otro remedio que acatarla, aunque sea de muy mala gana. Juzguen: “Ciertamente, esta juzgadora considera que el TJUE se repliega en lo que ya había dicho, además de forma reiterada, en la forma procedente de interpretar por el Juez nacional, ante un supuesto como el presente, y no

facilita a esta juzgadora, en su respuesta, la solución establecida en las Sentencias reseñadas que permitía que, **para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo Marco, el ordenamiento jurídico interno del**

Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada

Y añade “Indudablemente la Sentencia del 19 de marzo de 2020 del TJUE, aunque sin motivar este cambio de postura, obliga a esta juzgadora a concluir que la fijeza, como sanción ante el abuso que se produce en el sector público, no es posible, como ya vino anticipado en la propias conclusiones de la Abogada general cuando se adentra en esta cuestión y en su apartado 80 decía **LOS JUZGADOS REMITENTES CONSIDERAN CON RAZÓN** que una norma nacional que únicamente prohíbe en el sector público la transformación de sucesivas relaciones de servicio temporales en una relación de servicio por tiempo indefinido sólo sería compatible con el Acuerdo Marco si el Derecho nacional aplicable en ese sector estableciera alguna otra medida eficaz para evitar el uso abusivo de las relaciones de servicio temporales sucesivas y, en su caso, sancionar dicho uso”.

A la jueza le gusta mucho la doctrina judicial de una parte del TSJ de Galicia, (más exactamente la sustentada por la sentencia de 28 de junio de 2018, explicada con anterioridad) y la aprovecha para defender obiter dicta su tesis de que en determinado supuestos sí es posible adquirir fijeza por parte de un trabajador contratado temporalmente. Tras reiterar que no es posible la fijeza de acuerdo a la sentencia del TJUE inmediatamente añade que “...ello no quiere decir que en determinados supuestos, en que el trabajador temporal, superó en su totalidad un proceso selectivo para acceder a la plaza y no obtuvo plaza (extremo que esta juzgadora considera que no se cumple cuando se superan solo algunos de los exámenes en que consiste este proceso) o cuando superó en su totalidad un proceso selectivo específico desarrollado para acceder a una bolsa de trabajadores temporales, o cuando se superó un proceso de concurso público para acceder a la plaza, pueda ser otra solución a la que los juzgadores lleguen, y declarar la fijeza, ya que la norma nacional no quedaría vulnerada. Y se reitera que, en estos supuestos, no se estaría vulnerando la norma nacional, tal como es en definitiva la postura seguida por **la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en Sentencia de 28 de junio 2018 recurso 1102/2018**

Finalmente, y tras muchos dimes y diretes, la juzgadora se decanta por la tesis de una indemnización disuasoria, y se plantea incluso si esta se cumple por la vía de la fijada en caso de despido improcedente.

6. ALGUNAS SUGERENCIAS DE MODIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL

Para concluir este artículo formulo algunas reflexiones que son plenamente válidas para la contratación laboral tanto en el sector privado como en el público, si bien siempre teniendo la referencia a cómo se adquiere la condición de persona trabajadora fija (y no indefinida no fija) en el segundo. Se trata de apuntar algunas líneas de actuación que refuercen la causalidad en la contratación y la respuesta adecuada ante el uso contrario a derecho de la normativa.

Por ejemplo, una duración máxima de tal contratación, perfectamente posible en los contratos por necesidades de la producción, y más difícil pero que puede también

vincularse a un período máximo en los contratos para obra o servicio e interinidad, ya que la obra o servicio “permanente” y la interinidad “permanente” desvirtúan de principio la nota de temporalidad. Ciertamente, en el ámbito público, debe concretarse el plazo máximo que un puesto de trabajo vacante puede estar ocupado por una misma persona trabajadora en situación de temporalidad, y cuando debe salir a concurso, o quizá baste con cumplir la normativa vigente.

El incumplimiento puede llevar aparejado sanciones disuasorias, tanto de índole económica como respecto a los efectos para el mantenimiento del trabajador en su puesto de trabajo, y ya he apuntado alguna idea en la primera parte de mi exposición. Las primeras, pueden ir por la vía de un incremento de las cuantías económicas fijadas en la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, e igualmente, y en el ámbito público (ya está previsto en la LPGE y ha sido también admitido por la jurisprudencia del TJUE) que la responsabilidad económica por el mal uso de la contratación temporal recaiga sobre el titular del departamento que haya autorizado la contratación irregular o haya permitido que una contratación regular se haya convertido en contraria a derecho.

Otras propuestas más complejas son las de declaración de nulidad del despido y la condena a la readmisión del trabajador (o al abono de una indemnización según decisión de este, al menos en el sector privado), que en el sector público pudiera afectar a trabajadores laborales tanto temporales como indefinidos no fijos despedidos disciplinariamente y con declaración de improcedencia del despido (aunque que no es esta la tesis del TJUE en su sentencia de 25 de julio de 2018, asunto C-96/17), Mucho más difícil ciertamente, parece, en el sector público, la conversión de una situación irregular en otra de fijeza por una decisión judicial, por cuanto el marco normativo para el acceso a dicha fijeza en el empleo público lo limita extraordinariamente como se pone de manifiesto en la jurisprudencia del TJUE.

Más ideas y sugerencias propias que formulo para el debate son las siguientes:

- El reforzamiento del carácter formativo de los contratos para la formación y el aprendizaje, y el contrato en prácticas. Avanzar en la formación dual como modelo.
- El incremento de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contratos temporales.
- Sanciones económicas disuasorias en sede judicial (indemnización por daños y perjuicios causados) y en sede administrativas (modificación de la LISOS) contemplado este aspecto en materia de Seguridad Social.
- Supresión de la referencia al período de cómputo de la necesidad en el contrato eventual por necesidades de la producción.
- Desvinculación del contrato para obra o servicio de las contrata. Puede referenciarse como ejemplo la sentencia del TS de 19 de julio de 2018. El núcleo duro doctrinal, la “reorientación” de la jurisprudencia de la Sala (en cuanto que se dictaron cuatro sentencias con idéntica argumentación jurídica y fallo) puede seguirse a partir del apartado 6 del fundamento de derecho tercero, en una interpretación que podría contribuir a una limitación de la contratación para obra o servicio vinculado a una contrata si se mantiene aquel en el tiempo más allá de la primera contratación mercantil, y más allá de la duración máxima prevista en la actualidad en el art. 15.1 a) de la LET. Anida en este sentencia, y también en las tres restantes, un deseo, así me lo parece, de evitar una

contratación temporal casi indefinida, si se me permite utilizar una expresión que es una contradicción en sus propios términos, ya que, y la referencia hecha por la Sala al sector de la construcción cobra pleno sentido, la reorientación de la doctrina de la Sala ha de evitar, impedir, que con la vigente hasta estas nuevas sentencias, “se considere posible que aparezcan indefinidamente como temporales quienes están adscritos a una empresa que trabaja para otra principal a virtud de un negocio jurídico renovado de forma sucesiva”, en cuanto que ello, subraya la Sala, “se trata de un resultado opuesto a la naturaleza de un contrato de trabajo legalmente colocado entre los que poseen” duración determinada”.

