

ABUSO DEL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL:
RESPUESTAS ADMINISTRATIVAS Y
JURISDICCIONALES

ABUSE OF TEMPORARY PUBLIC EMPLOYMENT:
ADMINISTRATIVE AND JURISDICTIONAL RESPONSES

*Premio de Artículos Jurídicos «García Goyena»
XVIII Edición
Segundo premio*

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ LÓPEZ

Empleado Anónimo

Resumen: En el presente trabajo se aborda una problemática de larga trayectoria en el empleo público (el abuso del empleo temporal) que se ha agudizado en los últimos tiempos como consecuencia de la crisis económica. Concretamente se examinan las diversas respuestas que se han ofrecido tanto por las entidades públicas empleadoras como por los Juzgados y Tribunales de los órdenes jurisdiccionales que conocen de las pretensiones formuladas por las dos grandes categorías de personal al servicio de las Administraciones Públicas (funcionarios y trabajadores en régimen laboral). Finalmente se realiza un análisis crítico de las principales fórmulas articuladas como reacción a la problemática expuesta, con opción razonada por aquella que se considera más adecuada.

Palabras Clave: Empleo público temporal, Abuso, Respuestas administrativas y jurisdiccionales.

Abstract: This paper deals with a long-standing problem in public employment (the abuse of temporary employment) that has wors-

ened in recent times as a result of the economic crisis. Specifically, it examines the various responses that have been offered both by public employers and by the Courts and Tribunals of jurisdictional orders that hear the claims made by the two large categories of personnel at the service of Public Administrations (officials and workers in labor regime). Finally, a critical analysis of the main formulas articulated as a reaction to the exposed problem is made, with a reasoned option for the one considered most appropriate.

Key Words: Temporary public employment, Abuse, Administrative and jurisdictional responses.

SUMARIO: I. Punto de partida: el abuso de la temporalidad. II. Respuestas administrativas. II.A. Amortización o cobertura sin incorporación de nuevo personal. II.B. Cobertura mediante incorporación de nuevo personal y estabilización del empleo público temporal. III. Respuestas jurisdiccionales. III.A. Permanencia en el puesto. III.A.1. La condición de “indefinido no fijo” laboral. III.A.2. Permanencia como temporal. III.B. Indemnización. III.B.1. Equiparación a la extinción por causas objetivas. III.B.2. Sumisión a la acreditación de los perjuicios. III.C. Omisiones administrativas en relación con la Oferta de Empleo Público. III.C.1. Inejecución de la oferta. III.C.2. Inclusión de las vacantes ocupadas por personal temporal. IV. Problemática y perspectivas de futuro. IV.A. La dilución del acceso como elemento determinante de la permanencia. IV.B. La cuestionable penalización indemnizatoria. IV.C. Las medidas contra la inacción como alternativa a la disuasión. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. PUNTO DE PARTIDA: EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD

El modelo de empleo público español se caracteriza por la fijeza de sus empleados como criterio general¹. Es ésta una nota que comparte con la que aún hoy, se afirma, preside el trabajo por cuenta ajena en el sector privado, pero que aparece reforzada por la inamovilidad que se predica de los funcionarios de carrera (la figura esencial del empleo público) y que se ha trasladado, en buena medida y con las importantes matizaciones correspondientes, al personal laboral fijo². Ahora bien, lo anterior no excluye que las entidades de

¹ CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo temporal irregular en el sector público”, *Anales de derecho*, vol. 35, n.º 2, 2017, pág.3.

² En este sentido, la consideración general sexta del Preámbulo del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP incorporado como Anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la

derecho público precisen para el desempeño de su actividad de empleados vinculados a éstas de manera temporal, bien sea como funcionarios interinos, bien sea como trabajador temporal. El problema que se plantea y a que responde el presente trabajo es que el recurso a la temporalidad de la relación de empleo no siempre obedece a las razones excepcionales que lo justifican o, debido a la prolongación o encadenamiento, se aparta de éstas para constituir supuestos abusivos de cobertura mediante personal temporal de necesidades permanentes.

A este respecto, se ha señalado que el abuso puede venir ocasionado por el recurso a un nombramiento temporal sin que concurra alguna de las causas previstas en el Estatuto Básico del Empleado Público, por la prolongación más allá de la vigencia de la causa o por el encadenamiento de nombramientos que, aunque legales, son indicio de cobertura con personal temporal de necesidades permanentes³. A ellos ha de añadirse otro supuesto, la permanencia en la cobertura con un empleado temporal por un plazo superior al previsto en el TREBEP para la convocatoria de la plaza previa inclusión en la oferta de empleo público, que difiere de los anteriores en que la causa del nombramiento (la vacancia de la plaza) subsiste, pero por una inactividad reprochable a la entidad de derecho público.

Todas las circunstancias expuestas han generado un panorama de excesiva temporalidad en el empleo público, tanto por el número de empleados afectados como por la duración de las relaciones supuestamente provisionales, a que se han ofrecido y ofrecen distintas respuestas administrativas y jurisdiccionales que pasan a exponerse⁴.

CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, manifiesta que *“los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento”*.

El artículo 14.a) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP en adelante), recoge como derecho individual *“la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera”*.

³ CAMPOS DAROCA, J.M^a., Empleo público y fraude en la contratación temporal. Efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pág.204.

⁴ En torno al 23% de media se ha situado la temporalidad, https://elpais.com/economia/2017/03/29/actualidad/1490812840_851068.html.

II. RESPUESTAS ADMINISTRATIVAS

En este epígrafe se abordan las principales formas de reacción a que cabe reconducir las prácticas administrativas destinadas a la reducción de la temporalidad.

II.A. Amortización o cobertura sin incorporación de nuevo personal

La elevada temporalidad en el empleo público encuentra respuesta, principalmente durante los periodos de crisis, en una medida no dirigida específicamente a combatirla: la amortización de las plazas o su cobertura mediante provisión por personal funcionario de carrera o laboral fijo. En definitiva, se elimina la temporalidad mediante la supresión del personal temporal.

Los problemas aparejados a esta práctica son evidentes y se han visto agravados por la jurisprudencia relativa a las indemnizaciones que posteriormente se analizará. La amortización de puestos que se venían ocupando por personal efectivamente dedicado al desempeño de las labores propias de éstos supone privar al ente público de unos puestos cuya necesidad se evidenciaba por la prolongación de la permanencia de sus ocupantes⁵. Y en el caso del desplazamiento de los interinos o trabajadores temporales por funcionarios de carrera o trabajadores fijos a través de concurso de traslados u otras formas de provisión, al desplazarse personal fijo de unos puestos a otros sin incorporación de nuevo personal, la consecuencia final es el menoscabo del servicio público, al reducirse el número de servidores.

II.B. Cobertura mediante incorporación de nuevo personal y estabilización del empleo público temporal

La respuesta apropiada al abuso de la temporalidad es eliminarla mediante la incorporación de personal fijo (funcionario de carrera o trabajador fijo) que atienda de forma indefinida las necesidades permanentes de los puestos que se ocupaban por personal temporal. Es, de hecho, lo que se prevé en el artículo 10.4 TREBEP⁶. Ocurre, sin

⁵ Supuesto distinto es el de los puestos carentes de contenido material o de una mínima actividad que se mantienen por razones vinculadas a la persona del ocupante o por simple inercia, cuya realidad no debe ocultarse.

⁶ Artículo 10.4 TREBEP: “*En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo [existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por*

embargo, que en los casos en que las necesidades permanentes asociadas al puesto no se ven reflejadas en el correspondiente instrumento organizativo, es preciso adaptar éste previamente a la inclusión en la oferta de empleo público del puesto⁷.

Aunque la expuesta debería ser la respuesta usual al abuso de la temporalidad, las elevadas cotas que se alcanzan en cuanto a número de empleados afectados y antigüedad de éstos en los puestos ocupados o en su vinculación a la Administración en virtud de sucesivos nombramientos ocasiona que se recurra, a modo de terapia de choque, a las consolidaciones de empleo público temporal⁸. Pueden distinguirse los supuestos en que se articulan mediante “pruebas restringidas” y aquellos en que, sin constreñirse la participación, se favorece la incorporación de quienes venían prestando sus servicios en los puestos ofertados mediante la valoración como mérito hasta el máximo posible del desempeño en el sector público y una fase de oposición en ocasiones no especialmente rigurosa⁹.

funcionarios de carrera], las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización”.

⁷ A ello responde la previsión en MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, “Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017”, referida al “personal temporal sin puesto de referencia”, de que “Como es lógico, en el momento de la convocatoria concreta se deben ofertar puestos concretos, ya sea utilizando vacantes pre-existentes, ya sea dando de alta nuevos puestos, sin que ello suponga incremento de masas salarial”.

⁸ Hasta el punto de haberse llegado a afirmar que se trata de “la única respuesta que ofrece la Administración pública al problema de la temporalidad de la función pública”, CAMPOS DAROCA, J.M^a., Empleo público..., op.cit., pág.122.

Procede citar al respecto la disposición transitoria cuarta TREBEP y, recientemente, el artículo 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

⁹ Un análisis de estos procesos se realiza en FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Acceso al empleo público: igualdad e integridad”, Revista General de Derecho Administrativo, n.º 46, octubre 2017.

Los primeros, como establece la doctrina constitucional, están sujetos al requisito de que “dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración” (Sentencia del Tribunal Constitucional, STC en adelante, 27/1991, de 14 de febrero). Por lo que se refiere a los segundos, a que se alude en LÓPEZ PÉREZ, J.F., “Funcionarios, preferiblemente interinos”, Diario La Ley, n.º 9134, 2018, las condiciones de admisibilidad son más laxas, al reconducirse a la razonabilidad (“lo tolerable”) de la valoración del mérito constituido por los servicios prestados (verbigracia, STC 67/1989, de 18 de abril).

Las consolidaciones o estabilizaciones, incluso en sus manifestaciones más accesibles al común de la ciudadanía, son objeto de censuras fundadas en la ventaja que la valoración de los méritos comporta para aquellos aspirantes que han desempeñado o vienen desempeñando servicios en el sector público¹⁰. De ahí que exista una pugna en torno a la oposición libre o concurso-oposición como sistema selectivo.

III. RESPUESTAS JURISDICCIONALES

En lo tocante a las respuestas jurisdiccionales, deben diferenciarse las ofrecidas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (funcionarios y personal estatutario) y social (trabajadores en relación laboral), pues, si bien existe una tendencia a la extrapolación de las soluciones aplicadas en este segundo al primero, los regímenes muestran importantes diferencias que se oponen a una respuesta uniforme.

III.A. Permanencia en el puesto

Aunque no se trata de un compartimento estanco respecto de la respuesta indemnizatoria, es posible abordar de manera específica la solución jurisprudencial que pasa por prolongar la permanencia del personal temporal, en ocasiones con unas garantías que tienden a asimilarlo al fijo.

III.A.1. La condición de “indefinido no fijo” laboral

Se trata de una figura de construcción jurisprudencial propia del orden social a la que se ha atribuido acogida en la normativa y se ha planteado extender al contencioso-administrativo¹¹. El abuso o

¹⁰ Es significativo que en MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, “Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017” se establezca la prohibición de convocatorias restringidas.

Muestra de los reproches a las consolidaciones de empleo temporal es FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionarios interinos, de la condición de “indefinidos no fijos””, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º 13, 2018, pág.75.

¹¹ Artículos 8.2.c) y 11.1 TREBEP, si bien, como se detalla en FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Algunas propuestas...”, *op.cit.*, págs.20-22, el que esa previsión se iden-

fraude en la contratación temporal supone la conversión en indefinido (no fijo) como forma de protección del trabajador¹².

Los supuestos que dan lugar a esta condición son muy variados: fraude de ley en la utilización de modalidades de contratación temporal, superación de la duración máxima permitida del o los contratos temporales (encadenamiento), sucesión o subrogación empresarial, particularmente en supuestos de reversión de servicios públicos, cesión ilegal de trabajadores, como supuestos principales¹³.

Se han distinguido tres etapas en la evolución de la jurisprudencia relativa a la situación propia del “indefinido no fijo”: una primera caracterizada por su identificación con dicha denominación y por su consideración como sometidos a condición; una segunda en que se califican de “temporales”; y la tercera en que lo son como “no temporales”¹⁴. En esta evolución jurisprudencial se advierte un progresivo y decidido refuerzo del carácter “indefinido” de la relación.

Durante la permanencia de la relación laboral, la equiparación entre el personal indefinido no fijo y el fijo es cada vez más mayor¹⁵. Así, además de los retributivos, se ha reconocido el derecho a participar en concursos de traslados y promoción interna¹⁶. Sin embargo, se rechaza el derecho a la excedencia voluntaria¹⁷. La configuración que se desprende del régimen derechos y deberes que se le atribuyen jurisprudencialmente es muestra de la tensión propia de una figura a la que, simultáneamente, se considera indefinida pero se en-

tifique con la figura del “indefinido no fijo” ha obedecido a la interpretación jurisprudencial y académica, y no a la *mens legislatoris*.

¹² También se le atribuye un carácter penalizador, al menos en algunos casos, en MORENO VIDA, M^a. N., “La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas: los conceptos de «situaciones comparables» y de «razones objetivas»”, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, n.º 21, 2016, pág.30.

¹³ CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo...”, op.cit., págs.17-19, FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Algunas propuestas...”, op.cit., págs.33 y ss, entre otros.

¹⁴ BELTRÁN DE HEREDIA, RUIZ, I., “Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción”, Iuslabor, n.º 3, 2017, págs.162 y ss.

¹⁵ En todo caso, se destaca la imprecisión y falta de claridad de su régimen jurídico y se demanda un cambio normativo que acabe con la inseguridad jurídica, CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo...”, op.cit., pág.23.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ en adelante) de Andalucía, Sala de lo Social, sede en Granada, 1407/2015, de 22 de junio, rec. 4/2015, y Sentencia del Tribunal Supremo (STS en adelante), Sala de lo Social, 352/2018, de 2 de abril, rec. 27/2017, eso sí, sin perder la condición de indefinido no fijo en el nuevo puesto.

¹⁷ Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Social, de Madrid, 316/2018, de 26 de abril, rec. 67/2018, Asturias 1378/2018, de 29 de mayo, rec. 974/2018, y Andalucía, sede en Sevilla, de 20 de septiembre, rec. 2867/2017.

cadena a la situación en activo por carecer de la “propiedad” del puesto.

La “no fijeza” de la relación supone que los trabajadores en situación de “indefinido no fijo” no gozan de la permanencia propia de los trabajadores fijos y, por ello, se hallan expuestos a la extinción de su relación laboral por causas distintas de las que afectan a éstos (despido disciplinario y despido colectivo por causas económicas, organizativas o de producción)¹⁸. En particular, se ven sujetos a la amortización de la plaza o la cobertura reglamentaria de ésta. Esta panoplia de supuestos de cese supone una consiguiente diversidad de consecuencias aparejadas a éstos. A la nulidad en los casos previstos legalmente (artículos 53.4 TRET para el despido objetivo y 55.5 TRET para el disciplinario) e improcedencia (que no comporta la readmisión en el despido disciplinario improcedente por constreñirse ésta al personal laboral fijo *ex* artículo 96.2 TREBEP) asociadas al despido se suman las indemnizaciones en los supuestos de cese conforme a Derecho.

Lo expuesto ha determinado que se identifique al “indefinido no fijo” como una suerte de *tertium genus*, asimilado al fijo con matizaciones, pero sujeto a causas específicas de extinción de su relación laboral¹⁹.

III.A.2. Permanencia como temporal

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, tras múltiples discrepancias y una incipiente tendencia en los Tribunales Superiores de Justicia a extender la fórmula del “indefinido no fijo” al personal estatutario y/o funcionario, bien sea con plenos efectos en la relación de servicio o únicamente indemnizatorios, el Tribunal Supremo (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1426/2018, de 26 de septiembre, rec. 1305/2017) afrontó la problemática con una solución que supone mantener el carácter temporal de la relación y condicionar la resarcibilidad del cese a la acreditación de la efectividad del daño.

¹⁸ Artículo 96.1.b) TREBEP y disposición adicional decimosexta del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET en adelante), respectivamente.

¹⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R., “Precariedad laboral en las Administraciones Públicas: principales manifestaciones de temporalidad y contratación irregular”, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, n.º 5, 2015.

Es importante destacar que la reincorporación del empleado al puesto que venía desempeñando lo es por la anulabilidad del acto del cese al concurrir invalidez de la causa invocada que determina la de la motivación esgrimida²⁰. El Tribunal parte de la situación de abuso por sucesivas contrataciones y final nombramiento como interino, así como por la inexistencia de prórroga del programa desde 2003 a pesar de la cual la prestación de servicios por el actor se prolongó hasta 2012, como contexto determinante de la inexistencia de la causa en que el acto de cese afirmó apoyarse. Esta línea argumentativa reviste especial trascendencia, ya que, aparentemente, no contradice el razonamiento que apela a la no impugnación de los nombramientos para rechazar que se intente cuestionar el cese asociado a la causa de finalización de la relación de servicios contemplada en el acto de nombramiento o derivada de la normativa rectora del nombramiento²¹. Ello por cuanto el mantenimiento de la relación dejó de sustentarse en el motivo del nombramiento (el programa de eliminación de barreras), al no haber sido éste objeto de prórroga que amparara la persistencia de dicha relación.

Cabe apreciar, a este respecto, que la concatenación de contratos y/o nombramientos constituye el presupuesto necesario para que resulte aplicable la jurisprudencia comunitaria relativa al abuso en el nombramiento de temporales sujetos a relación de Derecho administrativo (singularmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, STJUE en adelante, de 14 de septiembre de 2016, C-16/15, caso María Elena Pérez López) y, una vez advertido el abuso, establecer si la relación derivada del último nombramiento (que, en cuanto tal, no cabe cuestionar a falta de impugnación en plazo tras producirse) deviene *per se* igualmente fraudulenta²². Esto es, aunque exista un nombramiento que debe reputarse ajustado a derecho por no haber sido impugnado y prevalecer la presunción

²⁰ La motivación en el caso examinado en la sentencia consistió en la remisión a la declaración de finalización del programa de eliminación de barreras arquitectónicas y urbanísticas que dio lugar al nombramiento como funcionario interino del demandante y en la reorganización del departamento para prestar los servicios con menos efectivos en el marco del objetivo de la reducción de gastos.

²¹ En este sentido, razona la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de septiembre, recurso 84/2016, que “*Tampoco cabe acoger el motivo de impugnación basado en la situación, que califica de injustificada, de nombramientos de interinos de larga duración, pues tampoco es objeto de este recurso el nombramiento de la recurrente, que además es un acto firme y consentido, sino su cese*”.

²² Ello es coherente con el hecho de que, como señaló la STJUE de 22 de noviembre de 2005, C-144/2004, caso Werner Mangold/Rüdiger Helm, la cláusula 5, apartado primero, del Acuerdo Marco no es aplicable si se trata del primer y único contrato celebrado entre las partes.

de validez de los actos administrativos, el que dicho acto se enmarque en una sucesión fraudulenta de nombramientos origina que a la relación generada le sean aplicables las exigencias de la Directiva 1999/70/CE y, por ende, que la temporalidad del nombramiento tenga su límite en la aplicación de las previsiones del TRBEP, con la consecuencia, en caso de desajuste a éstas (bien sea por excederse el plazo del artículo 10.1.c) TREBEP, como en el supuesto examinado por el Tribunal Supremo, o, puede sostenerse, por exceder del plazo de 3 años para la cobertura previsto en el artículo 70.1 TREBEP), de estimarse la relación derivada de ese nombramiento igualmente fraudulenta²³.

El Tribunal Supremo descarta como solución la conversión en indefinido no fijo en aplicación analógica de la jurisprudencia social, lo cual no impide que el criterio de la sentencia en el supuesto enjuiciado se identifique con el correspondiente a la “interinidad de hecho” en la evolución de la doctrina del Alto Tribunal en el orden jurisdiccional social²⁴. Sin adquirir la condición de “indefinido”, el funcionario cuya relación adolece de fraude ve prolongada su condición interina hasta, en su caso, la cobertura reglamentaria de la plaza de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.1 TREBEP. De este modo, la sentencia sale al paso de la STJUE de 14 de noviembre de 2016 y su habilitación, que no imposición, para la aplicación de la figura del indefinido no fijo a las relaciones de servicio en régimen de Derecho administrativo, con apoyo en que el mantenimiento de la relación de empleo que se acuerda en la sentencia *“amén de ser proporcionada al propio actuar de la Administración, es igualmente lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco”* (en línea con la STJUE de 4 de julio de 2006, C-212/04, caso Adeneler y otros). Esto es, se presenta la “interinidad de hecho” como medida alternativa a la conversión en “indefinido no fijo” y suficientemente eficaz para sancionar el abuso en la concatenación de contratos y/o nombramientos.

²³ Así puede entenderse la alusión en la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Valladolid, 1445/2017, de 22 de diciembre, recurso 485/2017, a que *“Por lo tanto, si en origen cabe admitir que hubo una razón objetiva para acudir a ese nombramiento temporal, la misma desaparece con el paso del tiempo, por lo que el primer motivo del recurso de apelación debe estimarse en el sentido de declarar que ha habido un abuso en la contratación temporal”*.

²⁴ Como se expone en BELTRÁN DE HEREDIA, RUIZ, I., “Indefinidos no fijos...”, op.cit., pág.163, esa etapa se caracteriza por rechazar la transformación en indefinido pero permitir el desempeño del puesto hasta su cobertura de forma definitiva.

No obstante, la particularidad del supuesto examinado (cese con apoyo en un programa no prorrogado y, por tanto, en una causa inexistente) suscita el problema de la idoneidad de la “interinidad de hecho” como medida efectiva y disuasoria cuando, a pesar de existir tanto abuso en la sucesión de contratos y/o nombramientos como incumplimiento de los requisitos del TREBEP en el último nombramiento, el cese viene motivado por la cobertura reglamentaria o amortización de la plaza, ya que en tales casos no procede la readmisión ni la prolongación de la relación de servicio y, en definitiva, el abuso deviene irrelevante²⁵.

III.B. Indemnización

Conviene aclarar que en este epígrafe no abordaremos la polémica acerca de la extensión de la indemnización a la extinción del contrato de interinidad (artículo 49.1.c) TRET) cuando éste no se enmarca en un supuesto de abuso en la contratación temporal, sobre la que se pronunció la STJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16, caso *Montero Mateos*, en rectificación de la previa y celeberrima STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, caso *Diego Porras*, pues la inexistencia de fraude implica que la temporalidad aparejada al tipo de contrato celebrado se encuadra en una necesidad transitoria y justificada de personal²⁶.

III.B.1. Equiparación a la extinción por causas objetivas

De los dos supuestos específicos de extinción de la relación laboral del indefinido no fijo frente a la del fijo, la amortización de la plaza se subsumió por la jurisprudencia en la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo

²⁵ Además, ha de tenerse presente que, al descartarse la indemnización “punitiva” y, sobre todo, exigirse la reincorporación del empleado cesado, la situación que se genera es de una mayor estabilidad que la asociada al “indefinido no fijo” en los términos en que aparece actualmente configurado en el orden social, ya que, si en el orden social la Administración puede decidir asumir el coste económico de cesar al trabajador aunque el cese se califique de despido improcedente, en el administrativo no se plantea esta eventualidad, por lo que la relación del servicio del trabajador está llamada a prolongarse indefinidamente hasta que la Administración proceda al estudio correspondiente.

²⁶ La bibliografía es amplia, por lo que nos limitaremos a citar RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La rectificación de la doctrina de Diego Porras sobre la indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada”, *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 6, 2018, págs. 565-578.

52.c) TRET), con la consecuencia aparejada de comportar una indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, siempre que se acrediten dichas circunstancias²⁷. En cuanto al segundo, la doctrina actual del Tribunal Supremo, con punto de partida en la STS, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2017, rec. 1664/15, reconoce la indemnización referida (artículo 53.1.b) TRET), prevista para la extinción por causas objetivas, en caso de cobertura reglamentaria de la plaza con fundamento en el carácter “no temporal” de la relación laboral y la asimilación de la extinción ocasionada por dicha cobertura a las que el Legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato. En definitiva, más allá de los supuestos de uso abusivo de la contratación temporal, que no necesariamente se hallan en el origen de la adquisición de la condición de “indefinido no fijo” (pues ésta también puede proceder de la superación de los plazos de la contratación temporal o subrogación por reversión de servicios públicos), se reconoce indemnización al supuesto más específico de finalización de este tipo de relación²⁸.

Esta sentencia ha sido objeto de múltiples críticas por recoger una argumentación confusa en que subyace, aunque no se cite, la doctrina de la STJUE de 14 de noviembre de 2016, C- C-596/14, caso Diego Porras, y la apelación a razonamientos fundados en la atribución de carácter temporal a la relación frente a la “no temporalidad” que se le asigna en este pronunciamiento²⁹. El motivo de la, al menos aparente, inconsistencia argumental se sitúa en la imposibilidad lógica de aplicar en todo su alcance la “fijeza” del indefinido a un trabajador que no puede ser, ni es, fijo. Al constituir la propia existencia de estos trabajadores “indefinidos” pero no “fijos” una anomalía en el sistema de empleo público, el hecho determinante de la extinción de su relación por su ubicación en el sector público y no privado no se contempla como causa de despido de un trabajador al que, simultáneamente, se le pretende reconocer la “fijeza” del indefinido al modo del trabajador del sector privado (de ahí que el Tribunal Supremo le niegue el carácter “temporal”), razón por la cual el Alto Tribunal “indemniza” la extinción por la frustración sobrevenida de las expectativas de continuidad (que es lo que sucede en el

²⁷ STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2014, rec. 217/2013, que exige la acreditación aun en el caso de aprobarse una nueva relación de puestos de trabajo, sin perjuicio del valor probatorio de este instrumento.

²⁸ Así se advierte en Beltrán de Heredia, Ruiz, I., “Indefinidos no fijos...”, op.cit., pág.182.

²⁹ MOLINA NAVARRETE, C., Indemnización por cese en el empleo público: crónicas y críticas de su actualidad judicial, Bomarzo, Albacete 2017, págs.58 y ss.

despido por causas objetivas), pero se le aplica una causa de extinción (la cobertura reglamentaria) que precisamente obedece a la carencia de “fijeza”. En este contexto, resultan inevitables los titubeos y contradicciones argumentales, pues se intenta conciliar la fijeza y no fijeza de un mismo trabajador y una misma relación.

III.B.2. Sumisión a la acreditación de los perjuicios

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el Tribunal Supremo, en su STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1426/2018, ha excluido la aplicación equivalente de las indemnizaciones previstas en la normativa laboral y condicionado el reconocimiento de un derecho indemnizatorio a la invocación y acreditación de los concretos daños y perjuicios ocasionados por la situación de abuso.

En el caso examinado en el pronunciamiento meritado, dado que la readmisión del empleado cesado retrotrae sus efectos al momento del cese y se reconoce el derecho del demandante a continuar ocupando el puesto en que fue cesado hasta su cobertura reglamentaria, es complejo, por no decir inviable, hallar perjuicios distintos de la ausencia de percepción de las retribuciones correspondientes al periodo transcurrido entre el cese y la readmisión, que le son reconocidas por la sentencia. A ello se añade que los perjuicios deben estar *“ligados a menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa”*, lo que impide apreciarlos en el supuesto referido, ya que el Alto Tribunal, en atención al contexto de abuso y la prolongación indebida de la relación de interinidad sustentada en el programa que motivó el nombramiento, convierte esa relación en una “interinidad de hecho” llamada a mantenerse hasta la cobertura reglamentaria de la plaza. El perjuicio consistente en la extinción de la relación temporal queda, por ello, eliminado por la readmisión del empleado y su continuidad indefinida hasta el cese por la causa expuesta.

Ha de analizarse, sin embargo, la eventualidad indemnizatoria en caso de cese por cobertura reglamentaria o amortización. La expresa negación en la sentencia de la conversión en indefinido no fijo, unida al también expreso rechazo de *“hipotéticas “equivalencias”, al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público”*, permite excluir su procedencia, incluso a la luz del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. La no conversión en indefinido no fijo

descarta cualquier viso de “fijeza” (con el límite del mérito y capacidad en el acceso al empleo público) en la relación del empleado con la Administración, por lo que no cabe apreciar expectativas de permanencia generadas por el abuso como factor desencadenante de la conversión y frustradas por el cese, pues la relación no pierde su carácter temporal. Y contemplada desde este prisma (la temporalidad), al no existir una previsión indemnizatoria en la normativa rectora de la relación de servicio funcional y negarse la aplicación analógica de las contempladas en el orden social, no se advierte perjuicio alguno en la finalización de una relación temporal y, por ello, necesariamente condenada a extinguirse.

Ocurre, sin embargo, que la indemnización no sólo puede contemplarse desde una vertiente resarcitoria, sino también punitiva, como medida disuasoria del abuso en la sucesión de contratos y/o nombramientos³⁰. Esta eventual finalidad de la indemnización no se recoge en la sentencia analizada, en lógica con la apreciación de suficiencia de la “interinidad de hecho” a los efectos de la disuasión, pero, en atención a lo ya expuesto con anterioridad acerca de las carencias de esa interinidad en caso de amortización o cobertura reglamentaria de la plaza, se suscita la duda de la procedencia de la indemnización en estos casos, como sucede en el orden jurisdiccional social, con apoyo no en el perjuicio al empleado, sino con un objetivo disuasorio.

III.C. Omisiones administrativas en relación con la oferta de empleo público

En relación con la mencionada respuesta administrativa consistente en cubrir con personal fijo los puestos desempeñados por empleados temporales, se abordan las respuestas jurisdiccionales a las omisiones o inactividad administrativa respecto del el instrumento previsto para dicha cobertura.

³⁰ Puede advertirse esta línea de razonamiento en la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Valladolid, 1445/2017, de 22 de diciembre, rec, 485/2017, cuando afirma que *“el reconocimiento de esa condición de personal indefinido no fija lo es a los efectos de reconocer a los actores la indemnización correspondiente en caso de cese”*.

III.C.1. Inejecución de la oferta

La jurisprudencia contencioso-administrativa ha tenido ocasión de abordar la trascendencia jurídica del plazo máximo de ejecución de la oferta de empleo público actualmente previsto en el artículo 70.1 TREBEP (improrrogable de tres años), de gran relevancia en relación con la posibilidad de reaccionar contra la inactividad de la Administración al respecto.

Se ha afirmado que el incumplimiento del deber de efectuar las convocatorias constituye un supuesto de inactividad administrativa susceptible de impugnación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo con apoyo en el artículo 29.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA en adelante), o en la desestimación expresa o presunta de la solicitud de convocatoria³¹. Ahora bien, sucede que el artículo 70.1 TREBEP dispone que la oferta de empleo público fijará el plazo máximo para la convocatoria de los mismos, para lo cual no encuentra otro límite que el improrrogable de tres años para la ejecución de la oferta, también de acuerdo con dicho precepto³². Por ello, puede suceder, y es lo que acaece, que el plazo de convocatoria se anude al de ejecución de la oferta, de modo que las convocatorias vinculan su suerte a ésta, con las consecuencias correspondientes en caso de inejecución.

Los efectos del incumplimiento de la ejecución en el plazo de tres años de la oferta de empleo público para las convocatorias efectuadas al amparo de tal oferta han sido examinados en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de diciembre de 2018, rec. 129/2016, que ha confirmado su carácter invalidante en atención a la esencialidad del plazo³³. Esta conclusión, puesta en relación con la vinculación de las convocatorias al plazo de ejecución de la oferta,

³¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., "Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección", *Revista de Administración Pública*, n.º 187, enero/abril 2012, págs.394-395.

³² Como se explica en CANAL FERNÁNDEZ, L., "A vueltas con la improrrogabilidad del plazo para desarrollar las ofertas de empleo público. El dilema de optar entre lo peor y lo malo", *Actualidad Administrativa*, n.º 5, 2017, la combinación de lo dispuesto en el artículo 70.1 TREBEP con las autorizaciones de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado conlleva que el plazo de tres años lo sea para la publicación de las convocatorias.

³³ Ello frente a la postura de que se trata de una irregularidad no invalidante, sostenida en CAVAS MARTÍNEZ, F., "El empleo...", op.cit., pág.5, y CANAL FERNÁNDEZ, L., "A vueltas...", op.cit., entre otros.

priva de cualquier virtualidad la vía de la impugnación de la inactividad de la Administración consistente en la no convocatoria de los procesos selectivos, ya que el inicio del plazo de reclamación contra la inactividad comenzará justamente al finalizar el plazo de tres años para ejecutar la oferta, de manera que la inactividad lo será respecto de una oferta de empleo público que en ese momento ha devenido totalmente inejecutable de acuerdo con el Tribunal Supremo y, por tanto, inhábil para sustentar las convocatorias que deberían realizarse de estimarse la impugnación contencioso-administrativa³⁴.

III.C.2. Inclusión de las vacantes ocupadas por personal temporal

Otra asunto que ha generado polémica es el deber de incluir en la oferta de empleo público las plazas ocupadas por funcionarios interinos, controversia acentuada por las tasas de reposición.

La cuestión parecía resuelta por la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de octubre de 2010, rec. 2448/2008, que concluyó que el incumplimiento de la obligación de incluir en la oferta de empleo público las plazas ocupadas por interinos (artículo 10.4 TREBEP) no sólo vulnera la legalidad, sino que es contraria al derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución Española (CE en adelante), sin que sean oponibles motivos económicos o de auto-organización, al tratarse de plazas dotadas presupuestariamente y efectivamente ocupadas. Sin embargo, el recurso sistemático a la exclusión y límites de reposición como consecuencia de la crisis económico dio lugar a una serie de sentencias, entre las que cabe señalar la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 688/2017, de 21 de abril, rec. 1688/2016, en que el Alto Tribunal sostuvo que esas limitaciones a la oferta de empleo público y el hecho de que no se excluyan del cómputo del porcentaje las plazas ocupadas por interinos o eventuales no afectan al derecho fundamental indicado, en atención a la conformidad a Derecho de las restricciones a la oferta de empleo público dispuestas en Ley estatal básica

³⁴ Y ello por no contar con que resulta rechazable que el supuesto planteado se corresponda con el del artículo 29.2 LJCA, ya que la convocatoria de un proceso selectivo (procedimiento administrativo) no es una prestación a tales efectos. La vía habría de ser la impugnación de la desestimación de la solicitud de convocatoria, aunque la situación sería coincidente en cuanto a la inconsistencia de la pretensión, ya que la Administración dispone de libertad para convocar dentro del plazo de ejecución de la oferta y, una vez transcurrido éste, no existirá sustento para la convocatoria, como se aprecia en la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 465/2016, de 22 de julio, rec. 530/2015.

(Ley de Presupuestos Generales del Estado), según STC 194/2016, de 16 de noviembre (así, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1432/2017, de 25 de septiembre, recurso 363/2016)³⁵. En definitiva, el Tribunal Supremo hace prevalecer la contención de la incorporación de nuevo personal, que se vería frustrada de excluirse de la tasa de reposición las vacantes cubiertas por interinos, pues dichas plazas deberían ser objeto de inclusión en la oferta y convocatoria *ex* artículo 10.4 TREBEP³⁶.

A este respecto, se ha reprochado que los límites a la reposición inciden no sólo en el mantenimiento de la temporalidad, al no excluirse del cómputo las plazas ocupadas por personal interino, sino también como fuente de nuevos puestos ocupados por personal temporal, ya que, si bien las Leyes de Presupuestos Generales del Estado han acompañado las restricciones a la oferta de empleo público de la prohibición de contratar personal temporal y nombrar personal estatutario temporal o funcionarios interinos, no es menos cierto que esa interdicción se seguía de la previsión de excepciones, aunque lo fueran para cubrir necesidades urgentes e inaplazables relacionadas con sectores, funciones y categorías profesionales considerados prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales³⁷. A ello se suma que, aunque la doctrina del Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia es coherente con la finalidad de las tasas de reposición, resulta difícilmente comprensible desde el punto de vista de la contención del gasto público que su

³⁵ Un análisis de esta evolución jurisprudencial se realiza en CARBONERO REDONDO, J.J., “El derecho de acceso a la función pública en tiempo de crisis: la progresiva flexibilización del mandato previsto en el artículo 10.4 del EBEP por razones de contención de gasto”, *Actualidad Administrativa*, n.º 2, febrero 2018. En él se concluye que dicha doctrina ha redefinido el mandato del artículo 10.4 TREBEP con afeción al núcleo esencial del artículo 23.2 CE.

Acerca de la normativa presupuestaria, caracterizada por la simultánea imposibilitación de convocatoria de las plazas desempeñadas por personal interino y reducción de las ofertas de empleo público, SERRANO PASCUAL, A., “Las ofertas de empleo público y la obligatoria inclusión de las plazas cubiertas interinamente, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º 2, 2014, págs.185-188.

³⁶ Ello frente a lo mantenido en SERRANO PASCUAL, A., “Las ofertas...”, *op.cit.*, pág.191.

³⁷ Muestra de ello es el incremento de los funcionarios interinos simultáneo al descenso del de carrera entre 2009 y 2016, como se señala en LÓPEZ PÉREZ, J.F., “Funcionarios...”, *op.cit.*

El efecto “embalsamamiento” del empleo temporal causado por estas limitaciones se señala en CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo...”, *op.cit.*, págs.11-12. En sentido coincidente, FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Algunas propuestas...”, *op.cit.*, pág.35.

efecto sea impedir la convocatoria de unas plazas que están dotadas presupuestariamente y cubiertas por personal, pues el coste retributivo ya existe y se mantiene³⁸.

IV. PROBLEMÁTICA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

En el presente epígrafe se abordan algunas de las cuestiones planteadas por las soluciones expuestas y la que se considera adecuada para reaccionar a la elevada temporalidad en el empleo público.

IV.A. La dilución del acceso como elemento determinante de la permanencia

Se advierte en la evolución jurisprudencial una tendencia sostenida al mantenimiento, si no consolidación, del vínculo del empleado temporal (laboral, pero también funcionario) sometido a algún tipo de irregularidad relevante en su relación de servicio que está siendo auspiciada por la jurisprudencia comunitaria³⁹. Resumidamente, se asiste al fortalecimiento de la figura del “indefinido no fijo” (una construcción generada por la extrapolación al sector público de una medida propia del privado) y a la progresiva “colonización” del ámbito de las relaciones de Derecho administrativo por los criterios y fórmulas de las laborales⁴⁰.

³⁸ Este argumento también se ha empleado para mantener la no esencialidad del plazo de ejecución de la oferta de empleo público, CANAL FERNÁNDEZ, L., “A vueltas...”, op.cit.

³⁹ Ello con fundamento en la inclusión por la jurisprudencia comunitaria en el ámbito de la Directiva 1999/70 del personal estatutario (Sentencia Cerro Alonso, C-307/2005) y funcionario (Gavieiro Gavieiro, C-444/09 y C-459/09). Resulta claro que esta inclusión viene determinada por una visión “laboralista” que centra su atención en la presencia de un trabajador, al margen de su encuadramiento en el sector público o privado, y que, en el ordenamiento español, encuentra especial acogida en el ámbito del personal estatutario, por su peculiar configuración que determinó que inicialmente se atribuyera el conocimiento de las controversias al orden jurisdiccional social.

Al respecto, se afirma en ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre el empleo temporal”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, n.º 127, 2017, pág.249, que “*El Derecho de la Unión Europea está produciendo un importante efecto de convergencia y de homogeneización del estatuto del empleado público en España (estatutario, laboral, funcionario e incluso eventual)*”

⁴⁰ Como muestra de la colonización del régimen del empleo público por el propio de los laborales de ello se identifica en MOLINA NAVARRETE, C., Indemnización..., op.cit., pág.91, la figura del “indefinido no fijo estatutario”.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el “indefinido no fijo” ha pasado de ser un temporal no indemnizado en los supuestos de cese ocasionados por su condición de empleado público (cobertura reglamentaria y amortización) a ser un auténtico indefinido, casi-fijo, al que prácticamente se equipara al fijo durante su relación laboral y únicamente se reconocen dos casos específicos de cese (los indicados) de los que uno se identifica como extinción por causas objetivas y el otro se asimila al despido a efectos indemnizatorios. La inevitable tensión que genera la atribución de la condición de “indefinido”, que en el sector privado supone la fijeza, y una fijeza que no puede reconocerse como tal en el sector público porque está supeditada a la superación del correspondiente proceso selectivo con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad se decanta progresivamente a favor de la primera hasta el punto de venir a reconocerse una suerte de “derecho a la permanencia” del indefinido no fijo que se traduce, en definitiva, en una exigencia de que se le dé la oportunidad de consolidar definitivamente su puesto mediante la superación del proceso selectivo oportunamente convocado⁴¹.

Por lo que se refiere a la segunda, es manifiesto que la jurisprudencia comunitaria está socavando la tradicional y asentada distinción entre personal con relación de Derecho administrativo y laboral. Aunque el Tribunal Supremo parece haber cercenado la extensión a este ámbito de la figura del “indefinido no fijo”, la aceptación de la “interinidad de hecho”, que lo sitúa en un estadio anterior de la evolución jurisprudencial en el orden social, incide en la permanencia del vínculo.

Esta situación deriva de la problemática doctrinal que suscita el recurso a fórmulas adecuadas al sector privado pero inapropiadas para el público. En el ámbito de la empresa privada, la conversión del trabajador temporal en fijo, salvo que se demuestre la naturaleza temporal de la relación de trabajo, se presenta como una medida idónea porque supone una reacción óptima desde un prisma tuitivo, al potenciar la estabilidad laboral, y, lo que es relevante al contrastarlo con su aplicación al sector público, no existe inconveniente desde el punto de vista del acceso al empleo, lo que permite al trabajador tener unas expectativas de permanencia que no son ex-

⁴¹ Así, la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, 255/2015, de 20 de enero, rec. 4612/2014, entre otras, afirma en relación con la cobertura por concurso de traslados que: *“lo cierto es que nos encontramos ante un acto de la empleadora que supone la extinción de un contrato temporal antes de que llegue su vencimiento, lo que supone un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo, incluso de ganar en concurso la plaza que ocupa”*.

trapolables al empleo público⁴². Mas la conversión referida, cuando se traslada al sector público, supone desnaturalizar una relación necesariamente temporal y acotada en atención no sólo a las necesidades de la entidad, sino también a la igualdad, mérito y capacidad en el empleo público, que es lo que determina la exigencia de procesos selectivos con diferentes grados de exigencia en función del tipo de relación a que dan lugar⁴³. El desplazamiento del punto de referencia del acceso al cese en que se ampara el panorama actual conlleva que, pese a que teóricamente no se cuestiona que la fijeza en el empleo público sólo se adquiere mediante la superación del correspondiente proceso selectivo con las máximas exigencias en orden a garantizar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, la figura del “indefinido no fijo”, al igual que la “interinidad de hecho”, si bien ésta no de manera tan acentuada, se presentan como un portillo de acceso a la permanencia (no fijeza) que desvirtúa esos principios, también exigibles al acceso al empleo temporal, se prolonga en algunos casos hasta la jubilación e incluso suscita medidas de consolidación extremadamente cuestionables.

⁴² Al respecto, afirma el Auto del Tribunal Constitucional 364/1991, de 10 de diciembre, citado por la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1426/2018, de 26 de septiembre, recurso 1305/2017, que: *“Como hemos dicho en anteriores ocasiones, «la contratación de personal laboral para la Administración Pública no puede verse sujeta, por imperativo del art. 14 C.E., a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública es por sí mismo factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales» (AATC 714/1988 y 858/1988). En efecto, los abusos o fraudes en la contratación en la empresa privada en general perjudican al trabajador en su derecho a la estabilidad en el empleo, y benefician al empleador al permitirle una precariedad en el empleo contraria a la Ley. En el sector público existe además un interés general relevante, y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado en cuanto que la irregularidad puede ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración Pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad. El órgano judicial ha de tomar en consideración también esos principios, como acertadamente ha hecho el Tribunal Superior, para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad”*

⁴³ En este sentido, se ha afirmado que la figura del “indefinido no fijo” está *“convirtiéndose, en la práctica, en una vía alternativa no sólo de adquisición de la condición de empleado público, sino también de posterior funcionarización, omitiendo totalmente cualquier tipo de proceso selectivo que garantice la imparcialidad y la objetividad en tal contratación inicial”*, MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R., *“Precariedad...”*, op.cit.

Resulta rechazable, por ello, que se apele en MOLINA NAVARRETE, C., *Indemnización...*, op.cit., pág.100, a la “igualdad de trato” y “seguridad en el empleo” en oposición a una supuesta *“tan obsoleta como contraproducente, distinción de la naturaleza, sea laboral o sea funcionarial, de su vínculo de empleo público”* y a que *“Debe prevalecer el “fin” sobre la “forma”*”.

IV.B. La cuestionable penalización indemnizatoria

Al abordar las indemnizaciones concedidas a los trabajadores cesados, sea por extinción de su relación temporal o por la concurrencia de despido, es necesario distinguir una doble finalidad en éstas: la resarcitoria y la disuasoria.

Por una parte, las indemnizaciones contempladas en el ordenamiento laboral obedecen a un propósito compensatorio para el trabajador, al que se abona una cantidad fijada legalmente en atención a los perjuicios que le genera la finalización de su relación laboral. Estos perjuicios no sólo se presumen en cuanto a su existencia, sino que asimismo generan una indemnización tasada legalmente en su cuantía. De este modo, lo determinante es establecer el supuesto concurrente (extinción de relación laboral temporal, despido objetivo, despido improcedente...) para aplicar la consecuencia indemnizatoria fijada en la norma.

Junto a esta finalidad, también se advierte la atribución a las indemnizaciones de una finalidad disuasoria a la que claramente alude la jurisprudencia comunitaria cuando identifica como objetivos de éstas la protección del trabajador (igualmente relacionada con el resarcimiento) y la desincentivación del recurso indebido al empleo temporal⁴⁴. Así, en los casos en que existe abuso o fraude en la contratación temporal, la indemnización, a diferencia de lo que sucede cuando la relación termina sin irregularidad en la modalidad de contratación, su duración o encadenamiento, persigue no sólo compensar, sino también penalizar al empresario a fin de prevenir, general y especialmente, contra ese tipo de conductas.

Proyectado lo expuesto al empleo público, la lógica indemnizatoria en el caso de los trabajadores temporales responde a la aplicabilidad de la regulación establecida con carácter general (no sólo para el sector privado) en el TRET, con los añadidos del vaivén de la exigencia de extender las indemnizaciones a la interinidad por vacante y la equiparación del cese del indefinido no fijo al despido objetivo a efectos indemnizatorios, ya apuntadas. La delimitación del propósito resarcitorio o disuasorio de la indemnización no resulta clara ni especialmente trascendente, pues el régimen de penalización a la extinción laboral no está presidido por la readmisión (que se prevé pero que se limita en cuanto a la atribución de la elección al trabaja-

⁴⁴ En este sentido, se apunta en CAVAS MARTÍNEZ, F., "El empleo...", op.cit., pág.35, la finalidad disuasoria del abuso en la contratación temporal de la indemnización al trabajador indefinido no fijo en supuestos de extinción conforme a derecho.

dor a los supuestos de nulidad o despido de representante sindical), sino por la indemnización, que además está tasada, por lo que la clave radica, como se ha indicado, en el supuesto concurrente.

Es al abordar el criterio reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo sobre las relaciones de Derecho administrativo 1426/2018, ya analizada, cuando se aprecian las dificultades que suscita la aplicación al sector público de las indemnizaciones del orden laboral. El Tribunal Supremo, fiel a la perspectiva administrativa, acude al régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que reclama la efectividad del daño y acreditación de los perjuicios, lo cual difiere sustancialmente del régimen en el orden social, que automatiza la indemnización. Como sucede en otros ámbitos en que se ha excluido finalmente la presunción del perjuicio y cuantía tasada, la exigencia de probar y cuantificar conduce a que, en la práctica, se venga a eliminar la indemnización⁴⁵. Por una parte, al ser la readmisión con vistas a la continuación de la relación como “interino de hecho” la solución adoptada, no existen perjuicios aparejados al cese. Pero aunque éste se produjera, a falta de presunción como sucede en el caso de los trabajadores del sector público por aplicación del ordenamiento laboral (sea por exacta concurrencia del supuesto contemplado en la norma o por equiparación con el despido objetivo), cabe rechazar que exista un daño generado por la expectativa de continuidad, ya que un trabajador temporal, aunque haya padecido un fraude o abuso en su relación de servicio, no puede aspirar a la fijeza propia del funcionario de carrera sin superar un proceso selectivo. Excluida esa expectativa, se antoja complejo imaginar qué perjuicios puede ocasionar al empleado un cese que constituye un acontecimiento previsible, por muy indeterminado que se entienda el momento de su realización.

La Sentencia plantea la eventualidad de una indemnización al amparo de los perjuicios que se acrediten y rechaza la procedencia de la indemnización como medida disuasoria al referirse a que la readmisión, sin necesidad de acudir a la figura del “indefinido no fijo”, es suficiente para satisfacer las exigencias de la jurisprudencia comunitaria. Esta postura corre el riesgo, sin embargo, de que se vea cuestionada por su vinculación al supuesto concreto a que responde, el cese de un interino sin causa que lo justifique. Al ser la solución adoptada por el Tribunal Supremo la continuidad como “interino de hecho” del empleado cesado, esa permanencia se pre-

⁴⁵ Es el caso de las indemnizaciones por ocupación en vía de hecho (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 985/2018, de 12 de junio, rec. 755/2017, entre otras).

senta aparentemente como una medida adecuada y disuasoria que excluye la indemnización, mas este criterio, válido cuando es factible la continuidad, no es trasladable a los casos en que el cese es correcto (por amortización o por cobertura reglamentaria de la plaza) pero viene precedido de una situación abusiva. Inviabile la permanencia y descartada la indemnización, no acierta a advertirse qué medida capaz de satisfacer la jurisprudencia comunitaria existe en el ordenamiento español o se adopta por las autoridades judiciales que permita reaccionar al abuso en la temporalidad en el empleo público⁴⁶. En esta coyuntura, el recurso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León a la figura del “indefinido no fijo” únicamente a efectos indemnizatorios cobra sentido no desde el punto de vista resarcitorio, sino del “punitivo” (disuasorio) a efectos de establecer una medida disuasoria del abuso que soslaye la imposibilidad de mantener la vinculación y la ausencia de otras medidas.

IV.C. Las medidas contra la inacción como alternativa a la disuasión

La readmisión y la indemnización, además de paliar los perjuicios que se advierten en la frustración de las discutibles expectativas de permanencia del personal temporal, se enmarcan en una estrategia de lucha contra el recurso a la temporalidad. De este modo, a la vez que se compensa al concreto empleado afectado por el abuso o fraude, sea mediante la prolongación de su condición interina hasta la cobertura o amortización de la plaza o con una indemnización tasada o sujeta a la acreditación del daño y justificación de la cuantía, se pretende penalizar a la entidad pública y desincentivar la reincidencia en las prácticas que han provocado la adopción de esas medidas.

A este respecto, se ha sostenido que la readmisión es la medida más disuasoria⁴⁷. Sin embargo, tal consideración es más que cuestionable. La readmisión no siempre es posible, a pesar de la existencia de abuso o fraude, ya que, de concurrir cobertura reglamentaria, la existencia de alguno de esos vicios no puede impedir, por prevalencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capaci-

⁴⁶ En definitiva, de las opciones a que, como se señala en ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “El empleo...”, op.cit., pág. 247, cabe acudir en España a falta de transposición apropiada de la Directiva, esto es, la conversión en indefinido no fijo y la indemnización, se descartan ambas.

⁴⁷ Así se mantiene en MOLINA NAVARRETE, C., Indemnización..., op.cit., pág.23.

dad, la extinción de la relación. Y aun de ser factible, cabe sostener que la readmisión, por sí sola, no supone un estímulo adecuado en contra del abuso de la temporalidad, ya que la continuidad del trabajador implica su disponibilidad para atender necesidades de la Administración, la cual, en caso de que éstas desaparezcan, tiene la posibilidad de amortizar la plaza.

Mayor eficacia disuasoria ha de atribuirse al régimen indemnizatorio. Ahora bien, se suscitan dudas acerca de la capacidad de las entidades públicas de “adaptarse” a una modalidad indemnizada de cese y proseguir con las conductas abusivas o fraudulentas respecto de la temporalidad en el empleo⁴⁸. Ello máxime de consolidarse el criterio de que no procede el reconocimiento de indemnización de acompañarse la extinción de la relación aquejada del vicio por otra sin solución de continuidad.

El principal problema que se advierte es, no obstante, el enfoque a que responden estas medidas, centrado en el cese y no en la cobertura. Tanto la readmisión como la indemnización obedecen a una lógica tuitiva del empleado, al que se pretende mantener en la relación indebidamente interrumpida por no ajustarse la extinción al supuesto determinante de la contratación o nombramiento, o compensar por el cese, con una utilidad añadida de “punición” del abuso o fraude. La reacción se sitúa en la extinción. El que así se haga supone una notable desatención a las implicaciones que desde la óptica del acceso conforme al artículo 23.2 CE tiene la existencia de personal cuya contratación o nombramiento o permanencia no respondía o responde a los criterios que rigen la temporalidad del empleo público y que se concretan en la continuidad de empleados cuya “estabilidad” (con todas las matizaciones oportunas) no se ajusta a los principios de igualdad, mérito y capacidad que se tomaron en consideración a su ingreso. Esta situación, generada por la protección del trabajador y la penalización del cese no sólo cuestiona el régimen de acceso, que se proyecta sobre la permanencia, sino que además ocasiona otro efecto perverso, cual es que la reacción administrativa a las elevadas tasas de temporalidad sea la consolidación periódica de los empleados a los que se ha proporcionado unas expectativas de continuidad indebidas.

De este modo, las medidas expuestas, aplicadas sin compañía de otras, son susceptibles de originar un panorama que combine de-

⁴⁸ Se ha afirmado que “Si la solución final, sea para la desigualdad de trato sea para el abuso de la temporalidad en el empleo público, para por una mera indemnización tasada, difícilmente el problema cambiará realmente”, MOLINA NAVARRETE, C., *Indemnización...*, op.cit., pág.99.

cisiones de tolerancia de la permanencia de personal temporal (sea como “indefinido no fijo”, sea como “interino de hecho”) incurso en fraude o abuso con la asunción ocasional de indemnización y la convocatoria de consolidaciones también puntuales para dar salida a los “picos” de temporalidad. En definitiva, una práctica que puede resultar más o menos adecuada desde una óptica tuitiva del personal temporal pero que cuestiona seriamente el régimen de acceso y permanencia de los empleados públicos sometido, por imperativo constitucional, a la igualdad, mérito y capacidad.

Lo expuesto sirve de antesala a la problemática esencial de que trae causa la proliferación del empleo temporal: la conformación y ejecución de las ofertas de empleo público. Se trata, sin embargo, de dificultades difícilmente superables con el actual contexto normativo y administrativo. Por un lado, la regulación es insuficiente, cuando no directamente contraproducente para la evitación *in origine* de la temporalidad indebida. La previsión del artículo 10.4 TREBEP se limita a los funcionarios interinos y omite la referencia a los trabajadores temporales, que constituyen un sector en clara expansión como consecuencia aparejada a la progresiva ampliación de los empleados laborales en la Administración⁴⁹. A ello se añade que las tasas de reposición, introducidas en la Ley en respuesta a la crisis económica, han agudizado y prácticamente anulado la eficacia de dicho precepto y que la restricción temporal para la ejecución de las ofertas de empleo público, aunque seguramente introducida con una finalidad distinta, deja en manos de la Administración la ejecución o no de la oferta, sin posibilidad alguna de acudir a la vía jurisdiccional para que compela a ello⁵⁰. La única solución normativa es la apelación a la responsabilidad disciplinaria que aparenta ser una declaración programática⁵¹.

⁴⁹ Por su parte, la previsión del artículo 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, no es comparable al artículo 10.4 TREBEP, ya que se limita a reclamar un estudio, no la cobertura de la plaza.

⁵⁰ Bienintencionado propósito se atribuye a la fijación del plazo en CANAL FERNÁNDEZ, L., “A vueltas...”, op.cit.

⁵¹ Disposición Adicional Trigésima Cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

Se plantea en FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Algunas propuestas...”, op.cit., págs.40-46 que se reoriente la interpretación jurisprudencial de la competencia de los órdenes sociales y contencioso-administrativo para atribuir a este último el conocimiento de las causas relacionadas con los “indefinidos no fijos” laborales con fundamento en que el defecto se halla en la adquisición del puesto. Sin embargo, se trata de una postura rechazable, pues en muchas ocasiones el abuso o fraude no se halla en la contratación, sino en el encadenamiento o prolongación indebida de la relación, en cuyo caso es indudable que el conocimiento corresponde al orden social; y si se acude al nombramiento, habría de acudirse, a falta de impugnación por

Sin reforma normativa, queda en manos de la Administración la ejecución enérgica de la convocatoria de puestos fijos para satisfacer las necesidades de personal y constreñir la contratación o nombramiento temporales a los supuestos excepcionales a que se anuda en la normativa estatutaria. Ello plantea una perspectiva poco halagüeña, habida cuenta de que es la propia dinámica administrativa la que ha venido y viene generando la situación expuesta y que los Tribunales se ven inermes para reaccionar en origen, ya que resultaría preciso impugnar los nombramientos de ser indebidos (lo que no implica que seguidamente se proceda a una cobertura reglamentaria) y, en muchas ocasiones, el fraude o abuso es sobrevenido, y el régimen normativo impide la compulsión judicial a la cobertura reglamentaria vía oferta de empleo público⁵².

Es de esta condición, que se efectúe una decidida cobertura de las plazas conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad a fin de que se cubran mediante personal fijo, de la que depende la admisibilidad de las medidas “punitivas” como la “interinidad de hecho” (siempre preferible al “indefinido no fijo” de mal encaje en el empleo público) y la indemnización. Sólo así podrá evitarse que lo ideado para desincentivar el abuso de la temporalidad se convierta en una vía de socavamiento (sea por consolidación de la temporalidad mediante el mantenimiento de la relación y/o asunción de la indemnización ocasional, sea por estabilizaciones) de los principios básicos que rigen el sistema de empleo público.

V. CONCLUSIONES

- Existe un elevado nivel de temporalidad en el empleo público que viene determinado, en considerable medida, por el abuso de este tipo de relaciones de servicio.
- Como respuestas administrativas principales se advierten la amortización o cobertura sin incorporación de nuevo personal

interesado, a una revisión de oficio o declaración de lesividad que dudosamente va a efectuar la propia Administración y que, otrosí, toparía con los límites de la LPA-CAP.

⁵² Se antoja claramente insuficiente, aunque bienintencionada, la alusión en el II Acuerdo para la mejora del empleo público y de condiciones de trabajo, de 9 de marzo de 2018, a que “*Las Administraciones Públicas actuarán bajo el principio de celeridad y en los términos del artículo 70 del TREBEP, tratando de evitar la caducidad de las Ofertas dimanantes de este Acuerdo, o de sus convocatorias*”.

- y la cobertura mediante incorporación de nuevo personal y estabilización del empleo público temporal.
- Las respuestas jurisdiccionales se orientan al mantenimiento de la relación (sea como indefinido no fijo en el caso de los empleados en régimen laboral, o en “interinidad de hecho” en el de los funcionarios) o la indemnización.
 - La reacción frente a omisiones relacionadas con las ofertas de empleo público encuentran importantes dificultades en atención al régimen normativo actual.
 - Las respuestas consistentes en el mantenimiento de la relación o indemnización, si no se acompañan de otras medidas, cuestionan seriamente el régimen de acceso y permanencia de los empleados públicos.
 - Es precisa una decidida cobertura de las plazas con personal fijo, vía previsión normativa al efecto, como condición para que dichas respuestas sean conformes y no cuestionen el modelo de empleo público.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN DE HEREDIA, RUIZ, I., “Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción”, *Iuslabor*, n.º 3, 2017.
- CAMPOS DAROCA, J.M^a., *Empleo público y fraude en la contratación temporal. Efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, Madrid 2017.
- CANAL FERNÁNDEZ, L., “A vueltas con la improrrogabilidad del plazo para desarrollar las ofertas de empleo público. El dilema de optar entre lo peor y lo malo”, *Actualidad Administrativa*, n.º 5, 2017.
- CARBONERO REDONDO, J.J., “El derecho de acceso a la función pública en tiempo de crisis: la progresiva flexibilización del mandato previsto en el artículo 10.4 del EBEP por razones de contención de gasto”, *Actualidad Administrativa*, n.º 2, febrero 2018.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo temporal irregular en el sector público”, *Anales de derecho*, vol. 35, n.º 2, 2017.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Acceso al empleo público: igualdad e integridad”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 46, octubre 2017.

- FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionarios interinos, de la condición de “indefinidos no fijos””, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º 13, 2018, pp.15-84.
- LÓPEZ PÉREZ, J.F., “Funcionarios, preferiblemente interinos”, *Diario La Ley*, n.º 9134, 2018.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R., “Precariedad laboral en las Administraciones Públicas: principales manifestaciones de temporalidad y contratación irregular”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 5, 2015.
- MOLINA NAVARRETE, C., *Indemnización por cese en el empleo público: crónicas y críticas de su actualidad judicial*, Bomarzo, Albacete 2017.
- MORENO VIDA, M^a. N., “La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas: los conceptos de «situaciones comparables» y de «razones objetivas»”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 21, 2016, pp.15-33.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre el empleo temporal”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 127, 2017, págs.227-254.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección”, *Revista de Administración Pública*, n.º 187, enero/abril 2012, pp.379-395.
- SERRANO PASCUAL, A., “Las ofertas de empleo público y la obligatoria inclusión de las plazas cubiertas interinamente, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º 2, 2014, pp.182-198.