

XAVIER BOLTAINA I BOSCH
(Universidad de Barcelona)

Empleo precario y conflictos jurídicos en las administraciones públicas locales y autonómicas

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años numerosas han sido las voces que han llamado la atención sobre una de las *lacras* más destacadas en el panorama del empleo público español: la precariedad, entendida ésta como la existencia de trabajadores, funcionarios y personal de todo tipo vinculado con la Administración Pública, a través de regímenes jurídicos temporales o interinos. Así, la figura del trabajador laboral temporal o del funcionario interino ha asumido una magnitud tal que desborda, con creces, su finalidad jurídica o de gestión. Y ello sin olvidar además otras fórmulas de precariedad que en mayor o menor número también asoman en el panorama de la función pública española, en no pocas ocasiones con cobertura irregular o fraudulenta, como es el personal eventual de confianza o asesoramiento especial, la contratación administrativa, los becarios o los trabajos temporales de colaboración social, entre otros.

Desde las instituciones públicas deben destacarse dos informes emitidos respecto de esta problemática: el aprobado por el Defensor del Pueblo en 2003,¹ y el del Consejo Económico y Social de 2004.² La conclusión de ambos es que el porcentaje de precariedad es a todas luces excesivo desde el punto de vista de lo que puede constituir un recurso razonable y adecuado de las Administraciones Públicas a la contratación de personal para cubrir necesidades temporales, imprevistas, extraordinarias o urgentes.

El objeto del presente artículo es centrar en dos bloques la cuestión de la precariedad, analizándola tanto en las Corporaciones Locales [en adelante, CCLL], como también en las Comunidades Autónomas [CCAA], dado el gran desarrollo que el Estado de las Autonomías ha alcanzado en nuestro país. En primer término,

¹ *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y la temporalidad en el empleo público*, Publicaciones del Defensor del Pueblo (serie «Informes, Estudios y Documentos»), Madrid, 2003.

² Aprobado por el Pleno del Consejo en sesión de 22 de diciembre de 2004. Puede consultarse *on-line* en www.ces.es

analizaremos las razones y las conclusiones que hoy día, con mayor o menor consenso, se pueden aportar desde el análisis teórico y la realidad práctica a la problemática de la temporalidad en el empleo público; y en segundo lugar, situaremos la precariedad en algunos de sus ejes más significativos: la problemática de la existencia de dos vínculos precarios básicos, el funcionarial y el laboral; igualmente expondremos las más recientes posiciones jurisprudenciales sobre las singularidades o especificidades de la precariedad laboral y estatutaria en la función pública; las irregularidades y el fraude de ley en la contratación laboral temporal en el empleo público y, finalmente, como consecuencia de ello, la figura jurídica singularísima del trabajador indefinido no fijo.

2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA PRECARIEDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

2.1 El crecimiento del empleo público y el aumento de la temporalidad

Tras la aprobación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), el empleo público ha sufrido en España un incremento espectacular, cuya razón debe buscarse en la modernización general del Estado, la expansión del ámbito competencial de las CCAA y –en el caso de las CCLL– en el desarrollo del ámbito local y de las funciones y servicios que en él se prestan. Paralelo ha ello ha sido el incremento de la temporalidad, que ha ascendido hasta el 22'80%, el doble de la tasa existente a mediados de la década de los noventa.

Los datos son ciertamente significativos en este aspecto. Así, si en 1997 la Administración General del Estado contaba con 598.000 efectivos, éstos habían descendido a 234.500 en el año 2004, a causa del adelgazamiento del Estado Central y el desarrollo expansivo de las CCAA, que en el mismo periodo habían pasado de 637.000 a 1.162.000 efectivos. Las CCLL, igualmente, han experimentado un incremento espectacular, al ascender de los 450.000 empleados a un total de 545.000, cifra que por si sola supone más efectivos que el total de la Administración General (234.500), las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (111.000), y las Fuerzas Armadas (con 117.500 funcionarios). Es evidente, por tanto, que el mundo local supone uno de los grandes pilares de la estructura del sistema democrático español y, con mayor intensidad, del empleo público. Los datos acreditan, además, que territorialmente, cuatro son las Comunidades Autónomas en donde se concentran la mayor parte de los empleados públicos: Andalucía, Madrid, Cataluña y la Comunidad Valenciana, que suponen en su

conjunto más del 50% del total de los 2.342.000 efectivos existentes a finales del 2004.³

La evolución de la temporalidad en todas las Administraciones se acredita en el hecho de que de 2.800.000 empleados, el 22'80% del total (637.000) mantengan un vínculo precario. Más concretamente, de los 900.000 empleados que han accedido *ex novo* a la Administración entre 1987 y 2004, un 51% son vínculos precarios, cifra que asciende al 56'1% si el lapso de tiempo es el que cubre 1997 a 2004.

Esta temporalidad, sin embargo, no es única en el sector público. Una comparación con el privado acredita que, territorialmente, hay una correlación entre la precariedad de aquél y éste, pero con la paradoja –que desmiente una idea preconcebida– de que es en el ámbito de las relaciones privadas donde mayor temporalidad se da, superando por regla general la del sector público. Algunos ejemplos nos permiten confirmar esta opinión. Así, entre las CCAA con menor nivel de empleo público precario, puede constatarse la misma correlación en el sector privado: La Rioja, 12'6% sector público, 23'2% sector privado; Comunidad de Madrid, 13% sector público, 21'5% sector privado; Cataluña, 17'6% sector público, 22'4% sector privado. En el otro lado de la banda, las Comunidades con mayor precariedad de su sector público, también presentan una elevada tasa de temporalidad en el privado: Andalucía, 28% sector público, 49'3% sector privado; Canarias, 28'6% sector público, 42'5% sector privado; Castilla-la Mancha, 28'7% sector público, 37'8% sector privado; Extremadura, 33% sector público, 43'5% sector privado. En definitiva, mientras las Administraciones Públicas sumaban en el segundo trimestre del 2004 un total de 2.774.240 efectivos, de los cuales el 22'4% era personal no permanente, el sector privado alcanzaba un total de 11.102.691 asalariados, de los que el 32'3% se vinculaban con contratos temporales.

2.2 La precariedad en el empleo público en las distintas Administraciones Públicas

Un análisis numérico que tome en cuenta las cifras a inicio del 2005, constataba de forma clara y contundente que la precariedad no está homogéneamente distribuida. Al contrario, fruto en especial de la singularidad del sector sanitario –asumido ya en la actualidad por las CCAA– da como resultado que de cada 100 empleados públicos no permanentes en España, 58 corresponden

³ Andalucía: Administración pública estatal (84.654); Junta de Andalucía (221.800); Administración local (113.500) y Universidades (17.800); Madrid: Administración estatal (159.500), Comunidad (145.000), Administración local (53.000) y Universidades (24.000); Comunidad Valenciana: Administración del Estado (32.000), *Generalitat Valenciana* (109.000), Administración local (50.000) y Universidad pública (6.800); Cataluña: Administración pública estatal (39.000); *Generalitat de Catalunya* (131.000), Administración local (83.000); Universidad pública (7.000).

a las Administraciones autonómicas, seguidas por toda la galaxia de entidades que componen la Administración Local, que suponen el 26'5% del empleo público temporal total. Significativo es, por contra, que sólo el 11% de los empleos precarios corresponden a la cuota estatal.

Sin embargo, este reparto debe estudiarse desde la perspectiva de que el sector donde mayor número de empleados públicos hay es el autonómico. Pero desde otra perspectiva, en el porcentaje de temporalidad sobre el total de empleos de cada esfera administrativa, son las CCLL, con casi el 30% de sus efectivos en régimen de provisionalidad, las que destacan sobre todas las demás, superando la media del sector público.⁴

En segundo término corresponde a las CCAA el grueso del índice de temporalidad en cifras absolutas, que suma un 23%, porcentaje que no obstante es parcialmente reconducible al 20'5% si se extrae al colectivo del empleo educativo y sanitario, por cuanto en estos ámbitos se concentra un alto porcentaje de interinidad. Finalmente, la Administración Central del Estado y las empresas y entidades financieras públicas, cada una de ellas, tienen en sus plantillas, respectivamente, un 11 y 13% de temporalidad.

Importa destacar, en las cifras mencionadas, que las CCAA han fracasado en el intento de contener el empleo precario, si es que acaso se lo han planteado como un objetivo en la gestión de sus recursos humanos. Así, en su conjunto, han pasado del 18'3% al 23'1% en el periodo 1999-2004. En casi todas ellas⁵ se ha producido un aumento de la temporalidad,⁶ muy significativa en algunos supuestos: Aragón ha crecido del 12'3 al 24%, Extremadura, ha materializado un incremento del 20'1 al 29'6% y Madrid, del 12'5 al 19'8%. Cataluña ha elevado su temporalidad del 16'5 al 21'3 y la Comunidad Valenciana ha pasado del 22'2 al 25'9%.

Por contra, las CCLL han frenado el crecimiento de la temporalidad, revertiendo la tendencia, pues si en 1999 aquélla ascendía al 33'8%, en 2004 disminuyó al 31'3%. El descenso más acentuado se produce, de nuevo, en Asturias (-15'5%), Murcia (-13'9%) y La Rioja (-14'7%), todas ellas sin embargo Comunidades donde el empleo público local es numéricamente pequeño y por tanto, cualquier política de consolidación tiene efectos muy apreciables de forma porcentual. La Comunidad Valenciana, sin embargo, pasó del 30'4 al 29'6%, situándose por debajo de la media nacional.

⁴ Media porcentual que, por otro lado, sería inferior, sino se computaran a las Corporaciones Locales que, con su inclusión, elevan el porcentaje.

⁵ Incluidas las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

⁶ Excepción hecha de Asturias, con un descenso del 9'3% (del 29'2 al 19'9%) y País Vasco, con un minúsculo paso del 21'7 al 21'2%.

2.2.1 Razones y características del empleo público temporal en las Comunidades Autónomas

El desarrollo del Estado autonómico ha alcanzado tal dimensión, que la mitad de los empleados públicos españoles prestan servicios en las CCAA. Su precariedad, aun siendo elevada no puede considerarse alarmante, pues situándose en el 23%, incorpora a colectivos de por sí con alto grado de temporalidad, como es el sanitario y el docente, de modo que debe destacarse que de cada 4 empleados autonómicos, 3 corresponden a estas esferas. Si se excluye a estos dos ámbitos, el empleo precario desciende al 20'5%, cifrándose a finales de 2004 en 63.000 puestos sobre un total de algo más de 308.000.

Téngase en cuenta, sobre lo dicho, que el sistema educativo autonómico, en todos sus niveles, supone la práctica totalidad del personal al servicio de las instituciones educativas públicas, mayoritariamente funcionarios (de carrera o interinos). En concreto, la Encuesta de Población Activa de 2003 cifraba en algo más de 630.000 los docentes públicos –excluidos los universitarios–, de los cuales el 22'3% eran precarios, inestabilidad que se concentraba en la fórmula de la interinidad funcional (120.000 efectivos), siendo los restantes (unos 24.000) laborales temporales. Debe destacarse que esta precariedad es mayoritariamente femenina, lógica consecuencia –según el CES– de que la enseñanza en España es una actividad fuertemente *feminizada* (casi siete de cada diez enseñantes son mujeres), y concentrada –la precariedad– en mujeres menores de 40 años. En total, puede señalarse que el 71% de los precarios en la enseñanza española son mujeres. Además –dato nada despreciable– el 90% de los temporales en el sector educativo ostentan titulación universitaria superior.⁷

Igualmente creemos importante señalar que la precariedad en el sistema educativo se concentra paradójicamente en las Comunidades de Valencia y Cataluña, aunque también en Madrid y Andalucía (el 59% del total), si bien la razón habría que buscarla en el hecho de que estas cuatro CCAA son las que cuentan con mayor número de efectivos de funcionarios. Así, debe tenerse en cuenta que de los 636.000 empleados españoles dedicados a la enseñanza pública autonómica, 125.000 se concentran en Andalucía, 104.000 en Cataluña, 62.200 en la Comunidad Valenciana y 73.000 en Madrid.

El sistema sanitario, por lo demás, es el otro talón de Aquiles del empleo público autonómico. Todas las Comunidades Autónomas tienen transferidas las competencias sobre gestión sanitaria. Además, este personal mantiene mayoritariamente una relación funcional especial, pues se trata de «personal

⁷ La *feminización* de la temporalidad no es, necesariamente, una consecuencia de una hipotética discriminación, sino fruto del hecho acreditado de que durante el periodo 1987 a 2004, el acceso de la mujer al empleo público español ha sido masivo, en proporción de 9 a 1 en relación al hombre, lo cual ha comportado, como resultado, que si en el mismo período la precariedad se ha incrementado, ésta se ha centrado forzosamente en el segmento que mayoritariamente ha ingresado en la función pública.

estatutario», calificativo que subsume al personal sanitario, el facultativo y no facultativo y al personal de gestión.⁸ En la sanidad, pues, los laborales y los funcionarios clásicos son minoritarios. España contaba en el año 2004 con un total de 529.000 empleados públicos en el sector sanitario, veterinario y de servicios sociales. La precariedad es también aquí muy elevada (29%) y ello a pesar de la política legislativa iniciada a partir de 1995 para reducirla. También debe destacarse que, concentrado el empleo sanitario en cuatro Comunidades, son de nuevo Valencia, Andalucía, Cataluña y Madrid los que acogen la mayoría del empleo precario,⁹ si bien en algún caso el porcentaje está por debajo de la media nacional (caso de Cataluña y Madrid). Indiquemos finalmente que, a efectos de información y comparación, Andalucía contaba en el 2004 con 97.000 efectivos en el sector sanitario (29.000 temporales), Cataluña sumaba 51.800 empleados (de los cuales, 10.600 eran precarios), la Comunidad Valenciana se situaba en casi 50.000 efectivos, de los que algo más de 16.000 eran interinos, mientras Madrid suponía 73.500 empleos, con 16.000 precarios.

2.2.2 Razones y características del empleo público temporal en las Corporaciones Locales

Una de las primeras notas que deben destacarse es que el empleo público de las CCLL españolas es mayoritariamente laboral, a diferencia del de las CCAA y la Administración del Estado. Esta conclusión, asumida por el Informe del CES de 2004 y por el Informe de la Comisión de Expertos de 2005 para el Estatuto del Empleado Público,¹⁰ nos parece –aunque no tengamos pruebas para corroborar una conclusión diferente, pero si la intuición de ello– prematura. Según el CES, el 80% de los empleados de las Entidades Locales es laboral, lo que situaría el personal funcionario en un 20%. De aceptar estas cifras acríticamente, sin embargo, concluiríamos que hay dos datos que encajan con dificultad. En primer término, que según el Registro del MAP, en torno al año 1990, la laboralidad se situaba en el linde del 50%, por lo que el incremento de trabajadores (fijos y temporales) habría pasado de la mitad del empleo total al 80% en apenas 15 años, cuanto por contra, han sido constantes los procesos de funcionarización de

⁸ Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud.

⁹ Si a las citadas Comunidades añadimos el País Vasco, entre todas acumulan la mitad de toda la precariedad.

¹⁰ La Orden de 16 de septiembre de 2004 constituyó la Comisión para el Estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público con la finalidad de «llevar a cabo los análisis y estudios previos así como la elaboración de un documento que sirva de base para la posterior elaboración del anteproyecto» de Estatuto. El 25 de abril de 2005, la Comisión dio a luz el referido Informe. La Comisión fue presidida por el Catedrático de Derecho Administrativo Miguel Sánchez Morón

numerosas CCLL españolas.¹¹ Por otro lado, si únicamente el 20% de los empleados locales son funcionarios, y entre ellos debemos computar a colectivos forzosamente estatutarios, como es el caso de los funcionarios de habilitación nacional y la policía local, podría afirmarse que, de asumir las cifras *oficiales*, el núcleo de funcionarios de las escalas de administración general y especial – exclusión hecha de la policía local– sería insignificante.

Estos datos pueden entrelazarse con otras cifras significativas: la tasa de precariedad en las CCLL españolas, en su conjunto, se sitúa en el 28%. Sin embargo, las estadísticas señalan que tomados los colectivos por separado, el personal laboral comporta que en sus filas se alcanza un 57% de precariedad, mientras que el funcionariado se sitúa en un 11%. La conclusión, a nuestro juicio es que mientras la figura del funcionario interino se sitúa en un nivel más que aceptable, casi 6 de cada 10 laborales de las CCLL es temporal o interino. De ahí que el Informe del Defensor del Pueblo de 2003 establezca que el personal laboral representa más del 80% del total de temporales de las Corporaciones Locales.

Las razones de nuestra parcial disconformidad se fundamentan precisamente en un análisis objetivo de las referidas cifras, que darían pie a varias conclusiones de difícil justificación: una Administración local fundamentalmente laboralizada (80%), que contrasta sin embargo con los intensos procesos de funcionarización llevados a cabo, con la opción por el régimen estatutario que fija la normativa de régimen local¹² y con la prescriptiva adscripción a funcionarios de los puestos de policía local y un uso intensísimo de la contratación laboral temporal que no se compadece con la interinidad funcionarial. Para ser cierto, o cuanto menos razonable, debería resultar que la precariedad fuera igual o similar en los dos colectivos, y ello no es así. Nos parece pues, que la existencia de tal índice elevado de empleo público laboral (80%) y de la elevada precariedad de este colectivo (60%) obedece a que los estudios llevados a cabo no han tenido en cuenta las particularidades de la ocupación local y más concretamente, la existencia de los Planes de empleo local (empleo comunitario) y las fórmulas de inserción laboral de las Escuelas-Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, y el empleo absolutamente coyuntural –contratos de pequeña duración–. Ello podría fundamentarse en otros datos que ofrecen los Informes de referencia y que quizá sirvan para comprender estos desajustes: el empleo precario laboral se concentra especialmente en el contrato de obra o servicio determinado (36'7%) y el contrato eventual, de duración máxima de seis meses, que supone el 49'3%. Ello ubicaría la auténtica precariedad laboral –esto es, el contrato temporal por sustitución de trabajador con reserva de puesto de trabajo o contrato de interinidad por plaza vacante– en un 14%, y ello suponiendo que todos los *temporales* que se deducen

¹¹ Un análisis de esta cuestión puede encontrarse en Xavier Boltaina Bosch: *La funcionarización del personal laboral de las Administraciones Públicas españolas. Régimen jurídico y proceso selectivo restringido*, Cedecs, Barcelona, 2005.

¹² Según lo que dispone el art. 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local y el Real Decreto Legislativo 781/1986 (arts. 167 y 169, en especial).

por diferencia porcentual se concentrasen en la modalidad de interinidad, cosa que dudamos, pues sin duda habría que computar algunos porcentajes específicos para el contrato de fomento del empleo de trabajadores minusválidos, el contrato de inserción, el contrato en prácticas y el contrato para la formación.

No obstante, es bien cierto que si tomamos en cuenta los datos del Informe del Defensor del Pueblo, sí se acreditan disfunciones importantes según la tipología de corporación local, en relación al número de habitantes, de tal manera que la precariedad se concentra, de manera significativa, en los pequeños y medianos municipios.

Así, según datos del 2002, citados por el referido Informe de 2003, podemos extraer la siguiente radiografía del empleo público temporal de las CCLL.

- En los municipios de menos de 3.000 habitantes, se computaba un total de 18.434 funcionarios de carrera y laborales fijos, frente a 14.369 interinos y laborales temporales. Así, la precariedad ascendía al 43'8%. Sin embargo, en tanto que del total de funcionarios locales, el 81'5% (10.233) eran de carrera, y únicamente el 18'5% (2.324) eran interinos, entre el personal laboral, los temporales suponían el 59'5% (12.045), frente al 40'5% de fijos (8.201).
- En los municipios de 3000 a 20.000 habitantes, los datos son también significativos. El total de funcionarios y laborales permanentes era de 58.241 efectivos (51'2%), frente al 48'8% de precarios (55.578 empleados). Sin embargo, mientras del total de funcionarios, sólo el 7'3% eran interinos (esto es, 2.796 empleados frente a 35.731 funcionarios de carrera), el empleo laboral temporal ascendía al 70'1% (52.782 trabajadores) mientras el fijo era el 29'9% (esto es, 22.510 trabajadores).
- En la franja de municipios de 20.000 a 50.000 habitantes, vuelve a reproducirse la misma tónica, pero se acredita un descenso progresivo de la precariedad. Frente al 71% de empleo estable (36.533) se sitúa en el 29% el empleo no permanente (14.923). Sin embargo, la cifra de funcionarios de carrera es del 90'9% y los interinos el 9'1% (20.761 y 2.083, respectivamente), mientras que el personal laboral fijo se situaba en 15.792 trabajadores (55'2%) y el temporal en 12.840 (44'8%).
- Estas proporciones se reproducen casi miméticamente en los municipios españoles de más de 50.000 habitantes, en donde el 79'7% del empleo es permanente, frente a un 20'3% de precariedad, pero en donde igualmente el 90 y el 10% de los efectivos funcionariales son, respectivamente, de carrera e interinos, mientras los laborales se reparten en 53'4% de fijos y 46'5% de temporales.

3. FUNCIONARIOS INTERINOS Y PERSONAL LABORAL TEMPORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN. ASPECTOS JURÍDICOS CONFLICTIVOS

La existencia de dos modalidades básicas de empleo en las administraciones públicas, el laboral y el funcionarial, supone que en cuanto a los vínculos jurídicos, el operador jurídico se encuentre ante dos modalidades de precariedad: la clásica del funcionario interino y la del personal laboral temporal. En su conjunto computan la práctica totalidad del empleo precario, si bien puede señalarse otras formulas de vínculo no permanente: los trabajadores de las empresas de trabajo temporal, los desempleados en régimen de colaboración social, los becarios¹³ y todo un conjunto de «prestadores de servicios» vinculados con la Administración a través de la figura del contrato administrativo, que si bien sólo mantiene virtualidad jurídica en las Universidades Públicas –de forma transitoria, sin embargo, tras la promulgación de la nueva ley de universidades en el 2001–¹⁴ se ha expandido por el mal uso de tal modalidad de contrato que en no pocas ocasiones enmascara una auténtica relación laboral. Todo ello sin olvidar el personal eventual –antiguamente denominado «funcionario eventual»–, que no goza del derecho al cargo y por tanto, implica también un porcentaje determinado de empleo precario.¹⁵

Sin embargo, la precariedad, tal como hemos podido constatar, se concentra en nuestro sistema de empleo público, y aún con mayor intensidad en el local, en la contratación laboral temporal. El informe del CES de 2004 lo achaca al incremento de la prestación de servicios de las CCAA y las CCLL, razonamiento sobre el cual podemos estar, en gran medida, de acuerdo, si bien las patologías en que se incurrir deben buscar otras justificaciones.

Jurídicamente, un ente local puede recurrir a cualquiera de las modalidades de contrato laboral temporal que habilita el sistema español de relaciones laborales. Fundamentalmente, los contratos temporales causales del art. 15 del

¹³ Becarios «verdaderos» y «falsos», de los que son una muy buena prueba en éste último caso los existentes en las Universidades Públicas, que efectúan de hecho funciones plenamente docentes.

¹⁴ Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

¹⁵ El personal eventual tiene atribuidas funciones de asesoramiento y confianza especial de la estructura política de nuestras Administraciones Públicas, si bien en las CCLL pueden asumir funciones directivas de servicios complejos. Aunque es muy difícil determinar el número de empleados de esta tipología, los datos muy precisos contrastados para la elaboración del *Llibre Blanc de la funció pública catalana* demuestran su uso no escaso en el ámbito local. Así, centrado únicamente en Cataluña, se demuestra que si de los casi 144.000 efectivos de la *Generalitat de Catalunya*, sólo 189 tenían el carácter de personal eventual, en las CCLL catalanas, con un total de 77.182 empleados, 823 eran personal eventual, cifra a la que habría que sumar –aunque con naturaleza jurídica indeterminada, pero que creemos mayoritariamente eventual– un grupo de 456 empleados catalogados como «directivos». (*Llibre Blanc de la funció pública catalana*, Departament de Governació i Administracions Públiques, Barcelona, 2005).

Estatuto de los Trabajadores [en adelante, ET] (contrato de obra o servicio determinado, contrato eventual, contrato de interinidad y el contrato de inserción –este último fruto de la reforma laboral del año 2001, Real Decreto Ley 5/2001 y Ley 12/2001, y derogado en el 2006–),¹⁶ así como los contratos formativos (contrato en prácticas y contrato para la formación, según el art.11 del ET) y el muy capitidismuido contrato para el fomento del empleo (de trabajadores con discapacidad igual o superior al 33 %).

Los Informes del Defensor del Pueblo y del CES critican sin paliativos el uso del contrato temporal en las Administraciones españolas y, de modo especial, en las CCLL. Eufemísticamente el CES señalaba en el 2004 que

«La abundante utilización que han llevado a cabo las Administraciones Públicas de la contratación laboral temporal no siempre se ha desarrollado dentro del respeto escrupuloso a las reglas taxativas que rigen este tipo de contratos....».

En términos más precisos, nos atrevemos a afirmar que ni el *respeto escrupuloso* ni el *cumplimiento de las reglas taxativas* ha sido la tónica general, todo lo contrario. Un repaso exhaustivo de la jurisprudencia y de la doctrina judicial acreditan que el uso (y abuso) de las formulas de empleo laboral temporal ha comportado, muy a menudo, fraude de ley, irregularidades sustanciales, irregularidades formales y en no pocas ocasiones, desviaciones de la finalidad o de las causas que habilitan el contrato temporal. Así, contratos de interinidad que se prolongan en el tiempo de manera indefinida, contratos de obra o servicio que no finalizan al concluirse tal obra o servicio, o en los que ésta no existe o estaba mal o defectuosamente formulada, contratos eventuales que no corresponden a un incremento de tareas o acumulación de funciones, contratos administrativos al amparo de la Ley de Contratos para las Administraciones que enmascaran, de hecho y de derecho, vínculos laborales;¹⁷ en resumen, el panorama del fraude y de la irregularidad ha sido –es– una tónica general en el empleo temporal, en unas ocasiones de manera consciente, pero otras también de manera no premeditada, fruto de la incompetencia o falta de conocimientos del operador jurídico. Sólo así puede entenderse la previsión de la Ley de Presupuestos Generales del Estado año tras año, y que si bien en esta prescripción va dirigida a la Administración General, da buena prueba de la problemática a la que nos referimos.

En este sentido, para el año 2007 el art. 37.2 de la Ley (40/2006, de 28 de diciembre) establece nuevamente que los contratos temporales que suscriba la

¹⁶ Fruto del «Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006», el contrato de inserción ha sido derogado a través del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, opción legislativa confirmada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

¹⁷ Así, por ejemplo, el uso de la contratación administrativa menor para ejercer funciones de arquitecto, veterinario, letrado consistorial, entre otros supuestos a los que recurrentemente la jurisdicción social atribuye carácter laboral si se dan las notas, enmascaradas tras la figura administrativa, de relación laboral según lo previsto en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Administración (del Estado) «habrán de formalizarse siguiendo las prescripciones de los artículos 15 y 17 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores...», obviedad jurídica que se reitera al indicar que

«en los contratos se hará constar, cuando proceda, la obra o servicio para cuya realización se formaliza el contrato y el tiempo de duración, así como el resto de las formalidades que impone la legislación sobre contratos laborales, eventuales o temporales...»

Es sorprendente que la legislación presupuestaria deba recordar (pues sólo así puede concebirse tal redactado) esta obligación que se deriva de la ley laboral común, y que se conjuga con una nueva afirmación, al obligar a los departamentos, organismos o entidades a

«evitar el incumplimiento de las citadas obligaciones formales, así como la asignación de personal contratado para funciones distintas de las determinadas en los contratos, de los que pudieran derivarse derechos de permanencia para el personal contratado, actuaciones que, en su caso, podrán dar lugar a la exigencia de responsabilidades, de conformidad con el art. 176 de la Ley 47/2003 de 26 de noviembre General Presupuestaria.»

Con la necesidad además (ex art. 37.4 Ley 42/2006) de que todos los contratos habrán de ser informados, previamente a su formalización, por la Abogacía del Estado, en torno a la legalidad de la modalidad de contratación utilizada y la observancia en las cláusulas del contrato de los requisitos y formalidades exigidos por la legislación laboral.

Formalmente, pues, a las CCLL les son aplicables las reglas previstas en el Derecho laboral, también referidas a la contratación temporal. Sin embargo, es también cierto que la confluencia del vínculo laboral en un ámbito como el público, conlleva una mediatización de esa prescripción general, de tal manera que no puede afirmarse que el Derecho laboral sea de aplicación total e indubitada –pese a la dicción legal literal–,¹⁸ sino que, al contrario, la jurisprudencia ha matizado en no pocas ocasiones esa aplicación. Entre las más destacadas señalaremos las consecuencias del fraude de ley o de la irregularidad en el contrato temporal (al cual dedicaremos un apartado específico), pero más circunstancias pueden ponerse sobre la mesa al tratar la cuestión, como son el proceso de selección, la negociación colectiva y el régimen de incompatibilidades, entre otras.

Nos aproximaremos a las dificultades jurídicas que la adulteración de la figura del trabajador temporal y del funcionario interino conlleva en nuestro ordenamiento jurídico en los siguientes apartados. En primer término, nos referiremos a la interinidad funcionarial (subapartado 3.1) y desarrollaremos la problemática de la temporalidad laboral en el apartado 4º del presente artículo.

¹⁸ En concreto, para las CCLL, el art. 177.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril señala que «el régimen de tales relaciones [laborales] será en su integridad, el establecido en las normas de derecho laboral».

3.1 El funcionario interino. Aproximación en torno a determinados conflictos vinculados a la interinidad prolongada y los derechos constitucionales

Nos referimos, con esta expresión, a que *prima facie* la figura del funcionario interino no debería ser especialmente conflictiva ni compleja, en su uso. Quizá aquí radica el hecho del porcentaje reducido de interinos funcionarios en las CCLL, que contrasta con las apabullantes cifras de la temporalidad laboral.

El funcionario interino surge ante la necesidad de cubrir, de manera transitoria, un determinado puesto de trabajo. La norma pretende que, ante la urgencia existente –en teoría–, sea posible una rápida selección. Curiosamente, el funcionario interino, en la normativa general, sigue regulado en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 [en adelante, LFCE] y no en la Ley de reforma de la Función Pública de 1984 [en adelante, LMRFP]. Incluso, cuando se ha reformado algún aspecto del mismo, en el ámbito estatal, se ha hecho afectando la primera, y no a la segunda.¹⁹

La LFCE determina que son funcionarios interinos los que, por razones de justificada necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento legal y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, desarrollan funciones retribuidas por las Administraciones Públicas, en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad y urgencia. Tal definición se conformó de manera específica en la reforma que de la LFCE se efectuó a finales del 2001,²⁰ retoque legal que nos permite situar el cese del nombramiento interino a unas circunstancias específicas: la provisión por el funcionario de carrera de la plaza ocupada interinamente, la extinción del derecho de reserva del puesto de trabajo del funcionario de carrera al cual el interino sustituye y la desaparición de las causas de urgencia o necesidad que dieron pie a la interinidad o la amortización del puesto de trabajo.

En el ámbito estatal, además, se incorporó una prescripción, que no parece haber sido asumida, ni aún con carácter supletorio, por las CCLL, y pese a la dicción que las leyes de presupuestos imponen año tras año: la obligación de incluir las plazas cubiertas interinamente como funcionarios en la Oferta de Empleo público inmediatamente posterior a la permanencia de un año del interino en su puesto, salvo aquellas interinidades que tengan razón de ser en una reserva

¹⁹ Esta mala técnica legislativa parece será corregida si finalmente ve la luz un nuevo Estatuto Básico del Empleado Público. El texto tramitado en el Parlamento durante los años 2006 y 2007 define conceptualmente todas las figuras de empleado público existente, más la del directivo al servicio de la Administración (arts. 8 a 13, según texto provisional publicado en el BOCG de 02.01.2007).

²⁰ Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

de puesto a un funcionario de carrera.²¹ Todo ello sin olvidar que el Acuerdo entre el Estado y los sindicatos para el 2003-2004 fijó que el porcentaje de empleos no permanentes en la Administración debía reducirse a una tasa del 8% y que las plazas de empleados temporales que traían causa en necesidades de carácter estructural, requerían iniciar su proceso de cobertura definitiva en el plazo de diez meses a partir del nombramiento como funcionario interino –en un criterio también extensible al laboral interino–, si bien tales pactos no son de aplicación directa a las CCLL y CCAA.

En las Comunidades Autónomas, la definición del funcionario interino y de su régimen jurídico ha sido la tónica casi general para las diecisiete leyes de función pública, de tal manera que podemos encontrar modulaciones en su definición. Sirva de ejemplo la legislación catalana, cuya Ley de Función Pública de 1997 se refiere al personal interino. Pero tal expresión no debe llevarnos a confusión, pues establece el régimen jurídico del funcionariado interino, separándolo del laboral temporal; se prevé la interinidad funcional para cubrir puestos reservados o en trámite de cobertura o promoción definitiva, así como para la realización de programas estrictamente temporales, posibilidad ésta no recogida en la normativa estatal. La legislación restringe, además, algunos derechos, como es que el funcionario interino no podrá disfrutar de licencias para estudios o de permisos para asuntos propios.²²

Sin embargo, en los últimos años ha acontecido una cierta evolución en la *conflictividad* en la gestión del funcionariado interino, fruto fundamentalmente –por lo que se refiere al objeto del presente trabajo– a su uso incorrecto, especialmente desde la perspectiva temporal, por cuanto la posibilidad de fraude aparece –a diferencia del contrato laboral temporal– más limitada. Los aspectos más significativos de esta litigiosidad se derivan, fundamentalmente, de la aplicación de los principios de igualdad –o más propiamente, la constatación de desigualdades– consecuencia del trato diferente entre funcionarios de carrera e interinos, incluso cuando éstos últimos prolongan su inestabilidad más allá de lo razonable.

²¹ Debe recordarse, además, que la disposición adicional primera del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, sobre reglas básicas y programas mínimos de selección de los funcionarios de la administración local establece que los funcionarios interinos nombrados por los entes locales –a excepción de la interinidad de sustitución de funcionario con reserva de puesto– deberán incluirse necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo o en la primera Oferta de Empleo público que se apruebe. Esta disposición tiene carácter supletorio respecto de la legislación específica de las Comunidades Autónomas, lo que ha permitido, en la práctica, su incumplimiento sistemático por parte de la Administración local.

²² Al cierre de la elaboración del presente artículo, el Proyecto de Estatuto Básico de Empleado Público (en trámite de enmiendas en el Senado, BOCG de 02.01.2007) instituye el funcionario interino para la ejecución de programas de carácter temporal y una suerte de interinidad homóloga del contrato eventual previsto en el art. 15 del ET, al permitir el recurso al funcionario interino cuando acontezca un «exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses» (art. 10.1).

3.1.1 Los funcionarios interinos y sus desigualdades retributivas con los funcionarios de carrera

Es una regla jurídica consolidada en el Derecho de la Función Pública que el funcionario interino no tiene derecho a la percepción de trienios.²³ Así lo fija la Ley de Presupuestos y normas específicas de función pública. Esta lógica de restricción de algunos derechos económicos –como también el de productividad– es asumida por la jurisprudencia de forma pacífica. Sin embargo, el problema surge cuando la interinidad funcional se prolonga *más allá de un plazo razonable*. En estos contenciosos²⁴ se plantea la desnaturalización de la figura, de tal manera que la precariedad del interino se transforma en una «interinidad estable, expresión que, en si misma, constituye una *contraditio in terminis*» (SJCA Granada de 19.03.2004 fto. jco. 4º). Estos supuestos, que nosotros hemos centrado en los trienios, como retribución básica, pero que son aplicables otras percepciones económicas de las cuales se excluya a los interinos, ha dado pie a dos posiciones teóricas y judiciales: una, que defiende la inconstitucionalidad en el tratamiento desigual; y otra, que postula su corrección. El análisis de ambas nos permite plantear un debate ciertamente significativo, a la vista de la masiva presencia de interinos funcionarios en nuestras Administraciones Públicas.

Una primera posición teórica y judicial aboga por la inconstitucionalidad de un tratamiento desigual, cuando se trate de una interinidad prolongada en el tiempo que desvirtúe el concepto mismo del funcionario interino. Parte esta tesis de que los cuerpos y categorías funcionariales son estructuras creadas por el Derecho, entre los cuales no puede predicarse un «absoluto tratamiento igualitario», aun al amparo del art. 14 de la CE y también acepta que constitucionalmente el legislador puede «reconocer el disfrute de determinados derechos al personal vinculado a la Administración de forma estable y en cambio lo niegue a las personas que por motivos de urgencia y necesidad lo desempeñen de forma provisional...», criterio que se sustenta en el hecho de que hay un determinado bien jurídico –el interés público de la prestación urgente del servicio– que puede justificar un trato diferenciado entre personal estable e interino.

Pero una vez asumido ello, se pasa a destacar que como criterio de partida este planteamiento dogmático inicial pierde su base –su razón de ser, constitucionalmente hablando–, cuando el funcionario interino prolonga su servicio de manera desorbitada, de tal manera que en este supuesto, se diluye e incluso

²³ Al cierre de la corrección de pruebas de imprenta de este texto, debemos llamar la atención sobre el Proyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo texto tramitado en el Senado (BOCG de 02.01.2007) parece reconocer al funcionario interino el derecho a percibir trienios (art. 25.2).

²⁴ Que no son escasos en número. Así lo acredita la sentencia del juzgado contencioso-administrativo de Granada de 19.09.2003 (RJCA 704/2003) que evalúa una interinidad de más de trece años consecutivos.

desaparece la razón objetiva y razonable para que a un interino no se le apliquen los mismos principios de trato económico que a un funcionario de carrera. El límite de esa corrección-incorrección parece situarse en los cinco años de interinidad –período que creemos se deriva de dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y que se nos antoja arbitrario–²⁵ y para avalar esta posición, se entiende que una Administración Pública que no convoca las plazas ocupadas por «*interinos estables*», carece de justificación para no abonar el complemento de antigüedad. En este sentido, la SJCA de Granada de 19.09.2003 señala en su fto. jco. 7º que la distinción

«pierde fundamento, en nuestra opinión, cuando se aplica a una persona, como la recurrente, cuya vinculación de servicio con la Administración supera los trece años, haciendo efectivo, de este modo, el principio de a igual trabajo, igual remuneración, pues salvo el sistema de acceso, las circunstancias que justifican el distinto trato no existen, haciendo irreconocible, materialmente, en la recurrente, la condición de interina.»

Frente a esta posición, se ha alzado una tesis –mayoritaria– que no reconoce a los interinos estables los derechos económicos que pudieran tener los funcionarios de carrera, si así la ley los restringe. Esta tesis, a diferencia de la anterior, lleva a cabo una interpretación literal de los preceptos legales. En concreto, se rechaza la existencia misma de la figura de un interino estable («o se es funcionario de carrera o se es interino, sin terceras categorías intermedias»), de tal manera que al señalar la norma legal que los funcionarios interinos no perciben trienios, admite la posibilidad de que permanezcan en sus puestos más de tres años (razonamiento lógico, pues los trienios se perciben al consolidar tres años de servicios efectivos), e insiste en la falta de sostén legal para que un «*interino estable*» sea equiparado a un funcionario de carrera, máxime cuando estos han debido superar un proceso de selección reglado.

¿Cabría reaccionar de alguna manera ante el abuso de derecho por parte de la Administración? Tampoco parece que esta tesis lo comparta. La SJCA 12.03.2003 (JUR 68960/2003) es sintomática en su expresión, pues acepta que para la Administración «el interino de larga duración resulta más económico y probablemente también más dócil debido a la situación de provisionalidad», pero también reconoce que la interinidad prolongada no es necesariamente un perjuicio para el empleado, al contrario: se trata de un individuo que no ha superado una prueba de acceso vinculada a una oferta pública, que sí ha celebrado el funcionario de carrera, y en muchas ocasiones tal prolongación en el tiempo se deriva de pactos de estabilidad entre Administración y sindicatos, lo que impide calificar de abusiva las situaciones que se den.

Por lo demás, esta posición, de la que es un buen ejemplo la sentencia de instancia que hemos mencionado, señala que las razones para establecer una discriminación *constitucional* en términos económicos debe basarse en los

²⁵ Aunque no necesariamente, a nuestro criterio, desacertado, en lo que pueda suponer de relativa seguridad jurídica o *parametrización* del exceso temporal de la interinidad funcional.

siguientes parámetros; en primer término, que la ley la fije con claridad, diferenciando entre interinos y de carrera; en segundo lugar, si la ley es tajante en restringir un derecho económico, «no cabe margen de interpretación alguno fuera de los términos inequívocos de la ley», tal como sucede con el supuesto analizado; en tercer término, porque aunque una interinidad sea prolongada ello no implica que las diferencias sean injustificadas desde la perspectiva del art. 14 de la Constitución, sino que pueden ser correctas «en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho...», que en el caso de los trienios no merece esa tutela, como si lo merecen otros vinculados a la protección de la familia, atención de hijos o familiares, etc.

Esta doctrina es mayoritaria y creemos que, en el actual orden de cosas, la correcta, sin perjuicio de los reparos que puedan ponerse al fondo de la cuestión. No obstante estos últimos, es de destacar que los trienios –así como otros derechos de tipo económico, como el complemento de productividad– en el régimen funcional van muy unidos a la condición propia del funcionario de carrera, estatus que se obtiene a través de un proceso de selección público, y por tanto, como tal complemento de antigüedad, adquiere una sutil diferencia en su calificación jurídica, de la que puedan percibir los trabajadores, incluso los del sector público. Así, la STSJ Castilla y León (Burgos) de 25.02-2003 destaca la ausencia de este proceso selectivo como una de las razones del trato desigual, así como que la dilación en el tiempo de la interinidad no implica la transformación del vínculo en permanente, que es la nota que caracteriza a los funcionarios de carrera («la relación que une al personal interino para con la Administración es esencialmente claudicante y por ello no cabe asimilación alguna»), pero también fija como criterios –que no necesariamente compartimos– de mayor profesionalidad y preparación acreditada de los funcionarios de carrera como consecuencia del «mayor rigor científico de las pruebas selectivas y oposiciones para el ingreso en los cuerpos de funcionarios», frente a la de los interinos, cuya preparación («particular preparación técnica») es para un puesto de trabajo concreto.

En este orden de cosas merece un especial relieve el ATC 183/2005 de 9 de mayo, precisamente derivado de un recurso contra la antes citada STSJ Castilla y León, y en donde la Fiscalía General del Estado sostiene el criterio de ausencia de inconstitucionalidad en el trato desigual, y del que creemos necesario destacar al menos dos argumentos:

- Que el origen mismo del interino funcional obliga a un tratamiento distinto al funcionario de carrera, no pudiendo ser calificados iguales quienes accedieron de forma distinta a la función pública.
- Que no se quiebra el principio de igualdad porque interinos y funcionarios de carrera no perciban, si es el caso, iguales retribuciones en función del puesto de trabajo. Es un dato importante que conviene resaltar, pues en este caso sí podría –de darse un trato diferente– incurrirse en una quiebra del art.14 de la CE. Pero al contrario, los funcionarios interinos perciben,

«en régimen de equiparación, la totalidad de los ingresos asignados al puesto desempeñado, y, por tanto, la norma cumple el mandato constitucional de igualdad, pero, lógicamente, debe reputarse como objetivamente razonable que, siendo su vinculación con la Administración, de carácter eventual y transitorio, pues se hace depender de las propias necesidades de la Administración, el nacimiento de tales vínculos, no puedan establecerse equiparaciones con aquellos otros funcionarios que accedieron al cuerpo administrativo a través de un sistema de concurso o de oposición que les generaba una relación permanente....»

El citado ATC 183/2005 recoge las referidas tesis, y si bien no parece –a nuestro juicio– muy acertado que un Auto resuelva el fondo de la cuestión, ello no impide que el Tribunal establezca que no hay violación del principio de igualdad entre funcionarios de carrera e interinos porque el término de comparación entre unos y otros no es adecuado, en la medida que el interino –ya no sólo el funcionario, sino también el *personal*, en general, afirma el ATC– «presenta unas importantes peculiaridades con respecto al funcionariado de carrera...», entre las cuales está el método de selección, o el derecho al cargo que éstos últimos ostentan, a diferencia de los interinos, «que hacen objetivo y razonable un tratamiento diferenciado en materia retributiva entre una y otra categoría de personal al servicio de la Administración...».

3.1.2 Funcionarios interinos y desigualdades en el plano de los derechos no retributivos

La problemática del trato desigual entre personal permanente y personal precario (temporal, interino) se ha acentuado en los supuestos de que tal vínculo no permanente se ha extendido indefinidamente en el tiempo. Al respecto, ha habido dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional muy relevantes, ambos referidos a Administraciones Públicas: se trata de la STC 240/1999, de 20 de diciembre, referida a una funcionaria interina, y de la STC 203/2000, de 24 de julio, sobre personal estatutario no permanente. En ambos supuestos se había denegado la excedencia para el cuidado de hijos, amparándose en la razón de ser de la interinidad, que por su propia naturaleza, es contraria a la existencia de figuras jurídicas, y su aplicación, que están formuladas para mantener el vínculo permanente en estado de suspensión, cual es el supuesto de la excedencia.

Debe señalarse al respecto, que el Tribunal Constitucional ha validado que, siendo los cuerpos y categorías funcionariales al servicio de la Administración estructuras creadas por el Derecho, no puede exigirse entre ellas, por imperativo expreso del art. 14 de la CE, un absoluto tratamiento igualitario. Por ello, se ha aceptado que entre un empleado vinculado por un contrato o una relación permanente, y un empleado temporal, interino o precario, puedan establecerse el

goce de derechos de forma distinta. En concreto, la STC 7/1984 aceptó que «el interés público de la prestación urgente del servicio puede, en hipótesis, justificar un trato diferenciado entre el personal estable e interino al servicio de la Administración».

Este criterio fue matizado en la STC 240/1999 cuando la precariedad no puede justificarse por un lapso de tiempo prudente o razonable, sino que se extiende casi indefinidamente. En este caso, la funcionaria interina ocupaba la plaza por un plazo de cinco años. La respuesta del Tribunal es que, en supuestos como el presente, la denegación de derechos que, sistemáticamente, pueden ser atribuidos únicamente al personal fijo o permanente, «resulta en extremo formalista» y «desproporcionada». En este sentido, los cinco años de interinidad implican que

«no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera». ²⁶

Por ello, creemos que en cuanto a los derechos que la normativa actual restringe o limita a los funcionarios interinos, distintos de los retributivos –ya analizados– pueden fijarse las siguientes cuatro pautas:

- En general, siendo los cuerpos y categorías funcionariales una creación, como estructuras, de la Ley, es factible que los interinos no tengan atribuidos iguales derechos que los funcionarios de carrera, especialmente cuando tales derechos se vinculan al «*derecho al cargo*», como es el caso de las excedencias o licencias. Puede por ello entenderse que determinadas diferencias se fundamentan en el interés público de la prestación urgente al que se subordina la interinidad.
- Este planteamiento no puede extenderse sin embargo de forma ilimitada a los *interinos de larga duración* también calificados como «*interinos estables*», concepto jurídico que no aparece en nuestro ordenamiento jurídico, pero que ha sido construido por un conjunto de pronunciamientos judiciales y por la jurisprudencia constitucional, y que podría definirse como aquel empleado que ha prolongado su situación de interinidad más allá de un término razonable desde su nombramiento, y que implicaría, de alguna manera, una cierta desidia o demora no justificada en la convocatoria de la plaza o puesto que ocupa.
- Pese a lo anteriormente dicho, tampoco puede afirmarse que incluso ante situaciones de interinidad prolongada, no puedan ser correctas las

²⁶ En el mismo sentido se pronunció la STC 203/2000.

diferencias. En concreto, caben situaciones justificadas, según las circunstancias de cada supuesto.

- Ahora bien, la existencia de una interinidad de larga duración mediatiza la aplicación formalista o estricta de la norma, de tal manera que pueden darse casos en donde la regla general cede ante la especialidad del supuesto.

De las anteriores premisas deducimos que la no aplicación de determinados derechos a los precarios en situación muy prolongada, debe estudiarse con detalle, especialmente desde la óptica de la existencia de otros derechos de protección especial, como es el caso de la maternidad o la atención de hijos, y que en una reflexión jurídica más amplia abarcaría a todos aquellos derechos funcionariales que afecten a derechos fundamentales, especialmente los ubicados o protegidos por la sección 1ª del capítulo II del Título Iº de nuestra Constitución.

4. TRABAJADORES FIJOS Y TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS. LA RESPUESTA JUDICIAL A LAS IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El fraude de ley y/o las irregularidades en la contratación temporal en las Administraciones Públicas, es una de unas de las cuestiones más recurrentemente tratadas por los Tribunales –y también por la doctrina– en el ámbito de las relaciones laborales en los entes públicos.

La discusión jurídica tiene su origen en la posibilidad, que ya hemos visto que es perfectamente plausible, de que una Administración Pública se vincule con personal sujeto a la normativa laboral, al amparo de las diversas modalidades contractuales temporales. Reconocida esta posibilidad tanto en la legislación estatal, como en la autonómica, como en la aplicable a los entes locales, nace el conflicto entre –por un lado– la aplicación de la norma laboral, reguladora de las consecuencias que se derivan de los incumplimientos cometidos por el ocupador público al concertar contratos temporales irregulares o fraudulentos y –por otro lado–, la norma constitucional y administrativa que regula el acceso a la función pública mediante los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, bajo un procedimiento tasado de acceso a la condición de trabajador o funcionario: un conflicto, en consecuencia, entre el interés público, representado por la Administración, y el interés privado del trabajador.²⁷ Conviene recordar al

²⁷ Se ha defendido por ello, por parte de un sector de la doctrina teórica, la configuración del vínculo laboral en el seno de las Administraciones Públicas como una relación laboral especial. Tal opción no aparece cuanto menos formalmente hasta la actualidad recogida en el Estatuto de los Trabajadores ni en ninguna norma legal. Nuestra opinión es que, de concretarse el Proyecto de Ley de Estatuto Básico de Empleado Público –al cierre de la elaboración de este artículo, el texto consultado es el publicado en el BOCG de 02.01.2007, en trámite de enmiendas

respecto que el ATC 858/1988, de 14 de julio, afirmó que es evidente que la contratación de personal laboral por parte de la Administración Pública no ha de verse sujeta, por imperativo del art. 14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, porque este carácter de entidad pública es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (arts. 23.1 y 103.3 de la CE) y, en todo caso, a prescripciones legales justificadas por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración.

La estricta delimitación del conflicto se produce por el juego de presunciones de determinados preceptos del ET (básicamente, los arts. 8.1 y 2, 11.2.k y 15.2 y 3, todos referidos a modalidades contractuales, sin olvidar sin embargo, los arts. 43 –cesión ilegal de trabajadores– y 44 –subrogación– del mismo texto legal) y su coherencia con las normas de función pública. Mientras los primeros prescriben que los incumplimientos o el fraude de ley dan pie a la conversión del contrato en indefinido o fijo, las segundas establecen que el acceso a la condición de trabajador fijo de la Administración deberá realizarse por medio de los procedimientos selectivos correspondientes, ya sea por las modalidades de concurso, oposición o concurso-oposición.²⁸

Esta «*tormentosa cuestión*», en feliz expresión de Mercader Uguina, ya había dado pie a una abundante doctrina judicial, que se ha expandido tras la promulgación en el 1984 de la LMRFP. Sentencias judiciales del extinto Tribunal Central de Trabajo, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que se caracterizaron, cuanto menos hasta el 1998, por una falta de uniformidad y estabilidad. Brevemente, podemos establecer seis fases en este *iter* jurisprudencial

La primera etapa, por regla general olvidada en los análisis doctrinales, es la comprendida entre la aprobación de la LFCE de 1964 y la LMRFP, período en el que no distinguía entre Administración y empresa privada, de modo que la legislación laboral se aplicaba plenamente.²⁹

en el Senado– el personal laboral se configuraría, muy posiblemente, como una relación especial, definida en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley como «relación laboral de empleo público». De hecho también pueden encontrarse pronunciamientos judiciales que apuntan en esta línea, como la STS 3.06.2004 (Ar. 5386), según la cual el vínculo del trabajador de la Administración es una «relación laboral con características especiales aunque no este contemplada como relación laboral especial en nuestra legislación positiva».

²⁸ De conformidad con el art. 19 de la LMRFP, el acceso al empleo público –laboral o funcional– debe efectuarse a través de concurso, oposición o concurso oposición. Jurisprudencialmente la primera modalidad –el concurso– aparece altamente limitada, por lo que en la práctica los procedimientos más correctos son los dos últimos citados.

²⁹ Vid. STS de 12.06.1964, Ar. 2956; entre las últimas sentencias, STS de 13.12.1983 Ar. 6202 y 4.10.1984 Ar. 5236.

La segunda etapa,³⁰ podría conceptualizarse como la de «prevalencia de los principios constitucionales sobre los de la estabilidad laboral» y tiene su origen en la promulgación de la LMRFP.

Esta doctrina defendió que la aplicación de juego de presunciones del ET en favor del carácter indefinido de los contratos laborales temporales celebrados por las Administraciones Públicas en supuestos de fraude de ley o en todos aquellos casos en que la sanción fuera aquella inicial consideración, chocaba con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público, de manera que los arts. 23.2 y 103.3 de la CE y el procedimiento previsto en la LMRFP impedían que los preceptos antes mencionados del ET fueran aplicables. Así, no era posible imponer la readmisión del trabajador despedido; el uso fraudulento o indebido de la contratación temporal no transformaba en ningún supuesto en fijos los trabajadores afectados, dado que aquella estabilidad sólo podía predicarse en supuestos con previa selección al amparo de la Constitución, la LMRFP y restante normativa pública.

Esta doctrina judicial fue modulada a través de un conjunto de pronunciamientos del extinto Tribunal Central de Trabajo y de algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia,³¹ que condenaron a los entes públicos a abonar la indemnización por despido improcedente, si bien no a la readmisión opcional, con la finalidad de respetar el principio de igualdad en el acceso al empleo público paralelamente al respeto de los principios, también constitucionalmente protegidos, de legalidad, tutela judicial efectiva e igualdad (arts. 9.1, 14 y 24.1 CE). Ante el «*territorio franco*» –en expresión de López Gandía– que creaba la primera tesis, ésta se acercaba a un punto de equilibrio entre dos intereses e intentaba tutelar a ambos (Rodríguez Ramos).

En gran parte paralelamente a esta etapa, un conjunto de pronunciamientos jurisprudenciales³² se manifestó a favor de la aplicación de las normas de Derecho laboral cuando el empresario fuera la Administración, con la correspondiente sanción de contrato indefinido para los supuestos así previstos por el Estatuto de los Trabajadores.

Ante las divergencias entre las referidas tesis y la consiguiente inseguridad jurídica generada, el Tribunal Supremo articuló una nueva posición, definida como la de los «*incumplimientos especialmente calificados*». Esta doctrina, más próxima en el tiempo,³³ se basaba en el hecho de que, en los supuestos en que una Administración Pública incumpliera de forma sustancial la normativa laboral sobre contratación temporal, el contrato se convertía en «*indefinido*»; sin embargo, si el incumplimiento era calificado de «*mera irregularidad*» no daba pie a la referida

³⁰ Establecida entre muchas otras, por las STS de 9.10.1985 Ar. 4697, 24.04.1986 Ar. 2244, 21.02.1987 Ar. 1088, 30.01.1988 Ar. 74, 27.02.1989 Ar. 943 o 20.02.1990 Ar. 1120

³¹ Entre otras, SSTCT 11.02.1988 Ar. 1537 y 16.03.1988 Ar. 2239 y STSJ Galicia 14.10.1992 AS. 4818.

³² Por todos, *vid.* STS 7.03.1988 Ar. 4697.

³³ Entre otras muchas, *vid.* STS 18.06.1990 Ar. 6424.

consideración. Era preciso, pues, un incumplimiento de superior entidad, ya que las «*meras irregularidades formales*» no podían considerarse *fraus legis*, en virtud de la especial posición de la Administración, regida por el interés público, ni podía producir con la misma rigidez que en la empresa privada la transformación de la relación laboral en indefinida. Sin embargo, como destacaba la STSJ Canarias/Santa Cruz de 5.02.1991 (AS. 535), ello no impedía que el vínculo laboral se convirtiera en indefinido cuando se trataba de incumplimientos especialmente calificados.

Finalmente, en un período posterior, el Tribunal Supremo adoptó una doctrina que postulaba la sumisión de las administraciones públicas al derecho laboral sin excepciones.³⁴

Esta confusión doctrinal tan prolongada –que se complicó aun más para el operador jurídico dado que el mencionado *iter* descriptivo en modo alguno fue uniforme y podían localizarse al mismo tiempo pronunciamientos de una u otra posición, así como variantes de cada una de ellas–³⁵ fue modulada, y finalmente, encarrilada, por la que sin duda podemos denominar «*ultima doctrina jurisprudencial*», que desde 1996, y con mayor claridad, desde 1998, se ha mantenido y reafirmado, cuanto menos hasta el momento presente –por tanto ya durante una década.

Esta nueva tesis se inició con la STS de 7.10.1996 (Ar. 7492) y fue reiterada por posteriores pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo y de diversos Tribunales Superiores de Justicia, que no obstante no añadieron nada nuevo a la primera de las citadas y que tampoco en ningún momento explicitan el origen *legal* de la distinción que en ellas se formula.³⁶ En concreto, esta tesis se articula en torno a las siguientes dos notas:

- Que los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente y nulo se aplican íntegramente cuando el *empresario* es la Administración Pública, ya que los principios de igualdad, mérito y capacidad no son un obstáculo para poder imponer a la Administración Pública la readmisión o la indemnización del trabajador despedido.
- Que la anterior premisa no enerva el deber de las Administraciones Públicas de someterse a los principios antes mencionados, de acceso al empleo público, de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

La consecuencia de estos dos postulados se concreta en la conclusión siguiente: la contratación laboral en la Administración, al margen del procedimiento legal establecido, califica a los trabajadores así incorporados al

³⁴ Como lo acreditan las sentencias de 18.03.1991 Ar. 1875, 27.01.1992 Ar. 75 o 22.99.1993 Ar. 7026.

³⁵ Por ejemplo, las que calificaban de interinidad hasta la provisión del puesto al contrato irregular, *vid.* STS 7.02.1990.

³⁶ Citaremos, así, las SSTS 10.12.1996 Ar. 9139, 30.12.1996 Ar. 9864, 11.03.1997 Ar. 2312, 14.03.1997 Ar. 2471, 24.04.1997 Ar. 3498 y 7.07.1997 Ar. 6250.

servicio público de «trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido», en tanto que los que superaron el procedimiento de selección reglamentario deben calificarse de «trabajadores fijos de plantilla» (fto. jco. 2°): «subjética circunstancia jurídico laboral» que, de esta forma, responde al contenido del aforismo *certus an, incertus quando*, en expresión de la STSJ Cataluña de 10.03.1997 (AS. 1838) y que configurará a ese trabajador como un género intermedio entre trabajador temporal y fijo (STSJ País Vasco de 4.11.1997 AS. 4482).

En torno a ello, son significativos los términos empleados en la STSJ del País Vasco de 21.10.1997 (AS. 3521), al estimar que la noción de trabajador con contrato indefinido se identifica con aquellos que han «lucrado» la estabilidad en su relación de servicios con el poder público a través de una vía «espuria», es decir, no a través de méritos acreditados mediante un proceso de selección, en libre e igualitaria pugna con otros aspirantes, sino a consecuencia de una «ilicitud sustancial» cometida en la suscripción de su vínculo temporal con el organismo que lo contrató.

Ante esta ambivalencia, calificada por la doctrina de «sutil pero ambigua distinción», la Sala General Social del Tribunal Supremo, a través de sus sentencias de 20 y 21 de enero de 1998 (Ar. 1000 y 1138) desarrollaron con algo más de amplitud la nueva tesis jurisprudencial de forma que, partiendo de la necesaria coexistencia de normas laborales y administrativas, estableció las siguientes premisas:

- En primer término, la obligada sumisión a las normas de Derecho necesario, que atribuyen con carácter general al funcionariado los puestos de trabajo de las administraciones públicas (principio de reserva general) y de manera excepcional al personal laboral (principio de limitación de puestos de trabajo en régimen general).
- En segundo lugar, que la selección de personal laboral de la Administración ha de estar sometida a los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que implica, además, una garantía para la eficacia de la Administración al servicio de los intereses públicos.
- Que las referidas disposiciones sitúan a la Administración en una posición especial, en la medida que no vale una aplicación incondicionada de la normativa laboral en los supuestos de irregularidades en la contratación temporal.
- Que es preciso tener presentes dos ordenamientos diferentes –el laboral y el administrativo– que deben ser objeto de una interpretación *integradora*. Así, mientras la norma laboral protege intereses privados, aunque también defiende intereses sociales,³⁷ la legislación administrativa protege intereses

³⁷ Incluyendo este carácter «social», *vid.* STSJ Cataluña 16.06.1998, fto. jco. 2° (AS. 6401). Concretamente, este carácter se manifiesta en el principio de estabilidad en el empleo, ante actuaciones de la Administración donde, aprovechándose de una debilidad contractual del

públicos, de relieve constitucional (igualdad en el acceso al empleo público, eficacia en la actuación de la Administración al servicio de los intereses generales); el conflicto debe resolverse haciendo prevalecer la norma especial en atención a la misma singularidad de la contratación laboral en la Administración y los intereses que esta norma especial tutela.

Estas dos esferas comportan que, cuando la ley prohíbe contratar o este contrato se formaliza vulnerando una norma esencial, la consecuencia querida por la ley no puede ser la declaración del contrato como fijo, sino como indefinido (fto. jco. 3º STS 20.01.1998).

El fto. jco. 4º de la STS de 20.01.1998 inicia un tímido intento de distinción entre las dos nociones, en los términos siguientes: el contrato de trabajo indefinido implica que, desde la perspectiva temporal, no está sometido directa o indirectamente a plazo, sin que ello comporte el carácter de fijeza, que únicamente puede predicarse del trabajador que ha superado un proceso de selección; por otro lado, la Administración ha de poner obligatoriamente en marcha el procedimiento de selección pertinente para la provisión reglamentaria de la plaza cubierta indefinidamente.³⁸ Si la plaza se cubre posteriormente mediante el procedimiento legal y el candidato seleccionado era diferente del que tenía la referida condición de contrato indefinido no fijo, ello habilita a la Administración para extinguir el vínculo referido (fto. jco. 4º).

Esta tesis del Tribunal Supremo se ha mantenido y reiterado hasta el momento presente por un conjunto ya muy extenso de pronunciamientos judiciales, tanto del alto Tribunal como de los Tribunales Superiores de Justicia, lo que parece conformarla como una tesis definitiva. Sin embargo, antes de proseguir, creemos adecuado que, pese a ser criterio mayoritario consolidado, el nacimiento formal de la doctrina –que por regla general se sitúa en las SSTs de 20.01.1998 y 21.01.1998, si bien pueden localizarse algunos pronunciamientos anteriores, ya señalados– no estuvo exenta de críticas. Sin ir más lejos, las citadas sentencias de 20 y 21 de enero de 1998 iban acompañadas de un voto particular,³⁹ muy contundente, que en resumen, después de un largo razonamiento, establecía que es indiscutible que la expresión «trabajadores fijos» es utilizada por todas estas

trabajador, se trata de imponer una temporalidad no justificada (SSTSJ Cataluña 29.10.1998 AS. 4220, 18.12.1998 AS. 7623 y 21.07.1999 AS. 3442).

³⁸ Según la STS 20.01.1998 fto. jco. 3º, el organismo afectado «está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular» de aquel puesto. Esta obligación se configura como un «deber legal» según la STS 10.11.1998, fto. jco. único, Ar. 9542. Algún autor, al inicio del debate, puso en tela de juicio la obligatoriedad de la provisión de la plaza: así, José María Goerlich Peset y J. A. Vega López en «¿Una nueva categoría del personal laboral al servicio de la Administración Pública?: los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla», *Relaciones Laborales* nº 11/1998 (I), págs. 26-27 y 29.

³⁹ Formulada por el Presidente de la Sala Social Luis Gil Suárez, al que se adhirieron los magistrados Antonio Fernández López, Fernando Salinas Molina, M. Angel Campos Alonso y Leonardo Bris Montes.

disposiciones legales como sinónima de trabajadores contratados por tiempo indefinido (voto particular, fto. jco. 3º.4, *in fine*) y acababa concluyendo que no es posible aceptar una separación o divergencia entre los referidos conceptos, ya sea en el ámbito privado o en el público, porque en el Derecho laboral, ambos términos –fijo e indefinido– expresan la misma idea (voto particular, fto. jco. 3º.5, último párrafo). Un repaso del ET nos permite constatar fácilmente que las dos expresiones son utilizadas con este carácter indistinto.⁴⁰

Nos parece adecuado, a continuación, exponer cuales son las consecuencias que tiene para la Administración la referida tesis jurisprudencial. A nuestro juicio, la respuesta merece las siguientes dos consideraciones:

1ª.- La distinción entre fijo e indefinido no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, ya que el indefinido, igual que el fijo, implica que, desde una perspectiva temporal, no está sometido a término (fto. jco. 4º, STS 20.01.1998). La distinción sí que afecta a la calificación de la posición subjetiva del trabajador con la Administración, de tal forma que estaremos ante un «trabajador fijo de plantilla», es decir, aquél contratado gracias a un procedimiento reglamentario, y «trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido», que no lo han sido (STS 7.10.1996, Ar. 7492). En consecuencia, la distinción se basa en que los primeros consolidan una «posición de fijeza en la plantilla» que no adquieren los segundos: carácter de fijo que garantiza al trabajador la estabilidad en su puesto, mientras que el carácter indefinido de la relación laboral se predica del vínculo, no del trabajador considerado en sí mismo: esta condición de fijo e indefinido coinciden en la mayoría de casos, pero no siempre (por ejemplo, el período prueba), por cuanto no inciden sobre la misma realidad ni tienen un efecto equivalente.

2ª.- Como ya hemos apuntado al inicio, esta doctrina sería de aplicación tanto a las irregularidades contractuales como a los fraudes acaecidos en

⁴⁰ Así, en determinados supuestos, el contrato se presume celebrado por «tiempo indefinido» (art. 8.2 ET); el contrato a tiempo parcial podrá concertarse por «tiempo indefinido» o duración determinada (art. 12.2 ET); el contrato de trabajo podrá concertarse por «tiempo indefinido» o por duración determinada (art. 15.1 ET) y se presumen por «tiempo indefinido» los contratos celebrados en fraude de ley (art. 15.3 ET); sin embargo, adquirirán la condición de «trabajadores fijos» aquellos que incurran en el supuesto previsto en el art. 15.2 ET. El art. 42.2 ET se refiere al personal fijo; según el art. 43.3 ET el derecho de opción de los trabajadores cedidos ilegalmente será a adquirir la condición de «fijos»; los que presten servicios en «trabajos fijos discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada estarán representados por los órganos que se establezcan en este Título conjuntamente con los trabajadores fijos de plantilla» (art. 72.1 ET). Si bien alguna sentencia afirma que la distinción entre fijo e indefinido ha sido puesta de relieve por la doctrina científica hace ya bastantes años (STS 13.10.1998, Ar. 7809), otros pronunciamientos han indicado, en sentido contrario, que «la sala no consigue comprender apenas qué diferencia hay entre trabajador fijo de plantilla» y un trabajador ligado «por un contrato por tiempo indefinido» (STSJ Canarias/Las Palmas 17.06.1997, recurso 454/96).

torno a la contratación temporal, pero también por imposición de las normas que regulan la cesión ilegal de trabajadores ⁴¹ (art. 43 ET) y la subrogación empresarial, de acuerdo con el art. 44 ET.

En cuanto a los contratos fijos discontinuos, ocasionalmente se ha alegado la no aplicación de la jurisprudencia que comentamos, sobre la base de la colisión entre la consideración de contrato indefinido y la sanción que considera esta modalidad como «fijo discontinuo». Sin embargo, la lógica que ha prevalecido ha superado la estricta terminología formal; así, como sucede que la misma denominación de la relación laboral de carácter fijo discontinuo puede inducir a confusión, los tribunales han estimado que el resultado no será en ningún caso la fijeza, sino el carácter igualmente indefinido. Así se configura un trabajador fijo-discontinuo vinculado por un contrato laboral indefinido no fijo. ⁴²

4.1 El marco de los derechos y obligaciones aplicables al trabajador indefinido no fijo

Se trata, acaso, de uno de los aspectos más importantes: el análisis de qué normas —y, por tanto, de qué derechos y obligaciones— son aplicables tanto a los trabajadores fijos como a los vinculados por un contrato indefinido no fijo, y cuáles son las que no se aplican a estos últimos.

La respuesta no es, en absoluto, fácil, como la doctrina teórica y la jurisdicción se han encargado de señalar.

En esta «particular posición subjetiva» podríamos acordar que la regla general es la aplicación de las normas laborales en toda su extensión y la excepción, aquellos derechos, ventajas y expectativas que estén vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial acceso al empleo público respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y el legal de publicidad.

En este sentido, se ha señalado que la mayor parte del régimen jurídico, legal o convencional, les será de aplicación (prestación de trabajo, régimen salarial, incluyendo el complemento de antigüedad), ⁴³ determinación y vicisitudes de la

⁴¹ Vid. STSJ Madrid de 18.06.1998 AS 2595, y entre los pronunciamientos del Tribunal Supremo, SSTS de 11.12.2002 (Ar. 1957/2003), 28.10.2003 (Ar. 7593/2003) 27.12.2002 (Ar. 1844/2003) y 11.11.2003 (Ar. 283/2004).

⁴² STS 5.07.1999 Ar. 6443; STSJ Comunidad Valenciana de 17.09.1998 AS. 3873 y STSJ Madrid de 15.05.1999 AS. 1074.

⁴³ Tras la reforma laboral del 2001 (Real Decreto Ley 5/2001 y Ley 12/2001), en donde se traspasa al Derecho interno el principio comunitario de igualdad entre trabajadores fijos y temporales, creemos que la conclusión es indubitada. Con anterioridad, sobre los indefinidos no fijos habían pronunciamientos dispares. Se afirmó, en este sentido que, si bien aprobada la reforma laboral de 1994, el complemento por antigüedad era un concepto disponible por negociación colectiva, podía indicarse que en los supuestos en los que no se estableciera distinción expresa entre fijos e indefinidos, correspondería abonarlo. En este sentido, si bien en

prestación y derechos colectivos. Por contra, no les será de aplicación los aspectos vinculados a la «promoción profesional» y los relacionados con las modalizaciones de las reglas que rigen la estabilidad en el empleo, incluyendo en este caso, según nuestro parecer, los procesos de funcionarización del personal laboral (DT 15ª de la LMRFP). La STS de 27.05.2002 (Ar. 9893) precisamente distingue entre indefinidos no fijos e interinos no en la extinción del contrato, que considera de igual trato, sino en la vigencia y desarrollo del vínculo, de tal manera que otorga a los primeros un *plus* del que no gozan los puramente interinos:

«donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad.» (fto. jco. 11º)

En torno a ello, debe señalarse que cuando los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse, han vinculado las modalizaciones en el régimen de extinción establecidas por negociación colectiva (normalmente, cuando se atribuye al trabajador y no a la Administración, la opción entre readmisión o indemnización en supuestos de despido improcedente o que prevén indemnizaciones superiores a las legales ante la referida improcedencia) al carácter fijo del trabajo y no así al vinculado por un contrato indefinido. La STSJ Andalucía / Málaga de 26.03.1999 (AS. 588) fue rotunda al señalar que es doctrina reiterada la que establece que en una situación como la presente, la eliminación, –vía convenio colectivo– de la facultad de opción empresarial, en caso de despido improcedente, no es aplicable a los empleados cuyo contrato se transforma en tiempo indefinido por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación contractual y porque, además, ha de tenerse en cuenta que la contratación como «fijo» en las Administraciones es aquella en la que se cumplen los requisitos establecidos en el art.19 de la Ley 30/1984.⁴⁴ No obstante, el oscuro origen jurídico de la figura estudiada conlleva que en no pocos casos sea dudoso el régimen de derechos aplicables, como son aquellos vinculados a una determinada estabilidad o garantía en el empleo.⁴⁵

el ámbito del personal civil no funcionario del Ministerio de Defensa, *vid.* STSJ Madrid de 26.02.1999 (AS.5660).

⁴⁴ *Vid.* SSTs de 12.07.1999 y 11.05.1999 (Ar. 7156 y 6732). La STSJ Comunidad Valenciana de 10.02.2005 (AS. 1021) califica a este criterio como «manifiestamente restrictivo» que impide la aplicación del beneficio convencional a los contratos temporales irregulares, «porque la peculiaridad de la contratación efectuada por la Administración [...] exige delimitar el campo de tales previsiones convencionales».

⁴⁵ Así, la STSJ Castilla-La Mancha de 18.11.2004 niega a un trabajador indefinido no fijo la excedencia voluntaria, por ser incompatible con su condición particular habida cuenta que la excedencia es una institución jurídica que tutela la estabilidad en el empleo y la pervivencia del mismo, en tanto que la STSJ Cataluña de 28.01.2004 otorga tal derecho, resolviendo en sentido negativo (*Vid.* STS de 29.11.2005 [Ar. 4748]).

Esta problemática ha sido recogida incluso por la negociación colectiva, aunque no de forma generalizada. En Cataluña, el Acuerdo de aplicación del III Convenio Único de la *Generalitat* al personal laboral transferido de la Consejería de Trabajo hizo una referencia expresa al personal objeto de este capítulo, fijando que le sería de aplicación tanto el ET como el referido III Convenio: específicamente, lo incluía también para ser aplicado el complemento de antigüedad (promoción económica del art. 25 ET y art. 28 del III Convenio), si bien de forma limitada. Igualmente les reconocía el derecho a la movilidad funcional y geográfica dentro de la Consejería de Trabajo, así como determinadas posibilidades de adecuación de la categoría que ostentasen a otras de superiores en función de las tareas realizadas. Todos estos reconocimientos y derechos, según nuestro parecer, son de difícil coherencia con el marco del contrato indefinido no fijo.

4.2 La finalización del vínculo del trabajador indefinido no fijo

Las consecuencias de la extinción del contrato de trabajo en los supuestos de trabajadores indefinidos no fijos son ciertamente importantes, habiendo generado un debate que se inició en 1996 y sobre todo en 1998 y que puede darse por cerrado en el 2002, pero no sin polémica.

La jurisprudencia ha establecido que el trabajador fijo es inamovible, salvo la concurrencia de una causa legal que dé lugar a la posible extinción por despido (disciplinario, objetivo, colectivo, etc.), mientras que el trabajador con contrato indefinido ve limitada su permanencia hasta que la plaza sea cubierta por el procedimiento legal y reglamentario. Ello ha supuesto que un sector de la doctrina teórica y judicial hayan defendido que nos encontramos, en la práctica, ante una modalidad de «interinidad indefinida»,⁴⁶ una «relación indefinida en régimen de interinidad» (STSJ Canarias/Las Palmas de 21.04.1998 ftos. jcos, 4º y 5º, AS. 2283), una «relación laboral con ninguna consecuencia práctica diferente de las que se derivan de un contrato de interinidad» (STS 22.09.1998 Ar. 7423), un contrato temporal laboral que tiene el carácter de indefinido (STSJ Canarias/Santa Cruz de 25.09.1998 AS. 3877) o una situación de prestación de servicios temporal, aunque no definida (STSJ Andalucía/Granada 9.11.1998 AS. 7008). Incluso algún autor se refieren a esta figura con el término de «*inditerinos*», por su carácter mixto de indefinido e interino.⁴⁷

⁴⁶ Rafael Andrés León y Edmundo Bal Francés: «Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones Públicas». *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 296 (1997).

⁴⁷ Ana María Romero Burillo: «El trabajador indefinido no fijo de plantilla: una nueva solución a la contratación temporal irregular de la Administración Pública», comunicación presentada al XI Congreso de Derecho de Trabajo y Seguridad Social celebrado en Valencia en

No obstante, creemos que a estas alturas de la evolución de la doctrina judicial, pueden extraerse varias conclusiones respecto del fin de un contrato de este tipo.

En primer lugar, nos parece ya claro que, una vez las plazas estén convocadas a través de la oferta de empleo público y finalizado el proceso selectivo, se produce el cese del trabajador con contrato indefinido, salvo que sea el mismo trabajador indefinido el que supere el proceso. Esta sería la única forma de corregir su situación: no exonera al trabajador afectado de la carga de participar en dichos concursos o pruebas si quiere consolidar su condición de fijo en el desarrollo del puesto de trabajo (STS de 10.11.1998 Ar. 9542). No se han aceptado, además, fórmulas mixtas o ambiguas, como atribuir el puesto que se ocupaba temporalmente como puesto permanente en la plantilla, de modo que «el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo....» (STSJ Castilla-La Mancha de 18.11.2004 AS. 3113).

En segundo lugar, el procedimiento de provisión de la plaza englobaría no únicamente los procesos selectivos derivados de una oferta de empleo público, sino también los de provisión interna de puestos de trabajo. En este caso, la extinción del contrato indefinido se produciría igualmente una vez el trabajador fijo (o funcionario de carrera) haya cubierto la plaza, por medio de concurso o, si así corresponde, libre designación, pero siempre como una cobertura de carácter definitivo. En términos muy claros, se ha afirmado que la relación laboral indefinida no fija «no otorga derecho a la permanencia del vínculo más allá de la cobertura de la plaza con carácter definitivo....», pero no existe tal carácter si lo que acontece es un «cambio» de trabajador indefinido no fijo por un vínculo no permanente, cual puede ser el del funcionario interino u otro contrato temporal (STSJ País Vasco de 9.11.2004 AS. 3836).

Debemos reparar, a este respecto, en los términos empleados por la jurisprudencia: el ente público está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular y, producida esta provisión en la forma legalmente procedente, ha de existir una causa lícita para extinguir el contrato (STSJ Cataluña de 29.10.1998 fto. jco. 3º *in fine*, AS. 4220). En idéntico sentido, STS 10.11.1998 (Ar. 9542), que se refiere al «deber legal» de la Administración de convocar los «concursos» o las «pruebas oportunas» para acreditar los méritos (fto. jco. único). Esta posición fue aceptada por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8.09.1999 (AS. 354) que consideró el reingreso de un funcionario desde la situación de excedencia voluntaria para la plaza en cuestión como una causa lícita de extinción del contrato indefinido.

En tercer lugar, en cuanto que esta «causa lícita» incluya la amortización – aun sin que haya convocatoria final de provisión– nos pronunciamos también

2000. Esta comunicación puede encontrarse publicada en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas* (2 vols.), MTAS, Madrid, 2001.

favorablemente. Se trata de un aspecto importante, porque puede ser que la Administración no necesite los servicios de este trabajador indefinido. Téngase en cuenta que los Tribunales consideran que la inclusión o no del puesto de trabajo objeto de litigio en la relación de puestos de trabajo es accesoria, hasta el punto de que el argumento de la inexistencia de un puesto, si este hace tiempo que está ocupado por contrato temporal, «no es aceptable, porque el ejercicio de la actividad [...] implica o supone que la necesidad existe y que la actividad es habitual o permanente, con independencia que el Ayuntamiento demandado cree la plaza o no» (STSJ Canarias/Las Palmas de 25.10.1999, AS. 166).

La doctrina judicial que ha admitido la amortización lo ha hecho, como regla general, en supuestos de interinidad por vacante; algún pronunciamiento, sin embargo, no lo ha extendido a los indefinidos no fijos y ha reputado la extinción del contrato por la referida causa como «despido improcedente» (STSJ Cataluña de 18.11.1998, AS. 4226). Otra tesis, del mismo Tribunal Superior de Justicia, se manifiesta favorablemente, al señalar que la Administración goza de la facultad de modificar y suprimir los puestos de trabajo, porque «es un organismo público que ha de gestionar recursos escasos de igual carácter y cuenta por tanto con facultades para decidir cual es la manera mejor y más eficaz de prestar el servicio público que le corresponda» (STSJ Cataluña de 18.12.1998 AS. 7623). Más claramente, se ha afirmado que este contrato indefinido no fijo «puede ser extinguido cuando se produzca la provisión o amortización de la plaza vacante» (STSJ Cataluña 30.09.1999 AS. 3342) y que «la amortización de la plaza vacante por la trabajadora extingue conforme a derecho la relación laboral sin que se pueda hablar de despido, ni tan solo en el caso de considerar que se hubiera convertido en indefinida por el hecho de concurrir fraude de ley en la contratación» (STSJ Cataluña de 14.07.1999 AS. 3149). El mismo criterio parece haber sido asumido por la STS 5.07.1999 (Ar. 6443), al declarar que

«los demandantes mantienen con el Instituto Nacional de Estadística una relación indefinida de carácter discontinuo [...] que deberá mantenerse hasta que la ampliación de la plantilla de la delegación y su provisión realizada en forma legal o la supresión definitiva de la encuesta industrial anual hagan innecesarios sus servicios, momento en que existirá causa lícita para extinguir sus contratos.» (fto. jco. 4º)

Ya más recientemente en el tiempo, el Tribunal Supremo parece aceptar tal amortización, incluso en el supuesto de no supresión de la plaza sino de conversión de la misma en funcionarial, como acredita la STS de 28.06.2004 (Ar. 6101).

Finalmente, nos centraremos en el carácter indemnizado o no del fin del contrato. Durante mucho tiempo, la jurisprudencia huyó de dar respuesta al tema, y esa misma línea adoptaron algunos convenios colectivos.

Dos alternativas se configuraban ante el operador jurídico: la extinción indemnizada —con posiciones divergentes sobre el monto y cómputo— y la extinción sin indemnización.

Un sector de la jurisdicción y de la doctrina teórica (en este último supuesto, muy mayoritariamente) postulaban la necesaria indemnización, si bien su quantum era objeto de controversia. El Tribunal Supremo en la sentencia de 10.11.1998 (Ar. 954) se refirió a la extinción del contrato según la normativa del ET –ambigüedad de difícil concreción–, o con más precisión, según «las reglas de indemnización de los trabajadores con contratos indefinidos comunes», dicción esta última que permitía apostar por esa indemnización. En unos casos se postuló la correspondiente a un despido improcedente, que supondría 45 días por año trabajado, con un máximo de 42 mensualidades.⁴⁸ Otras tesis, más mayoritarias, defendían la indemnización del despido por causas objetivas o el despido colectivo (Goerlicht Peset), esto es, 20 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades, al amparo de causas organizativas (Romero Burillo), en una interpretación analógica de los arts. 51 y 52.c del ET.⁴⁹

Frente a ello, se alzaron voces que predicaban la ausencia de indemnización. Esta tesis fue tímidamente apuntada, según nuestro criterio, por diversas sentencias que se refirieron al hecho de que, una vez cubierta la plaza, acaecía una «causa legal» o una «causa procedente» para extinguir el contrato indefinido no fijo. La dicción literal fue algo más firme en algún pronunciamiento que estimó que «el reconocimiento de las referidas irregularidades no traerá consecuencias prácticas diferentes de las que se derivarían de un contrato de interinidad» (STS de 22.09.1998 Ar. 7423), criterio que parecía apuntar hacia el que sería el definitivo asumido, no sin contradicciones, por el Tribunal Supremo. También la STSJ Cataluña de 21.07.1999 (AS. 3442) señaló que «la cobertura legal de la plaza no puede entenderse como un despido, sino la manera de finalizar esta situación de indefinición del contrato». Finalmente, sin ningún tipo de ambivalencias, la STSJ Galicia de 24.07.1999 (AS. 2359), aceptó esta tesis al evidenciar que

«no se está en presencia de una extinción del contrato de trabajo de la demandante que pueda calificarse de despido por la vía del art. 56 ET; y tampoco por la extinción por causas objetivas, y no concurre el supuesto necesario que pueda ser subsumido en las previsiones del art.52.c y 51 ET [...] Se está en presencia de una pura extinción contractual por una causa legítima, como es la provisión en forma reglamentaria del puesto o plaza ocupada, que opera como condición lícita de extinción de la relación laboral dada la naturaleza de esta: causa extintiva propia y distinta y al margen de la extinción por causas objetivas...»

La jurisprudencia, en unificación de doctrina, resolvió la cuestión a través de la STS de 27.05.2002 (Ar. 9893) y confirmada por otras posteriores (STS de

⁴⁸ Alberto Martínez de la Pedraja Abarca: «¿Por qué se insiste en enfrentar el Derecho Laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en la Administración Pública?», *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 301 (1997).

⁴⁹ Efrén Borrajo Dacruz, en «Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial». *Actualidad Laboral* n° 1998-I, pág. 396. No obstante el autor estima que la interpretación analógica de los preceptos mencionados es «forzada».

2.06.2003 Ar. 4896/2005). En concreto, la STS inicial formula una doctrina y aporta un voto discrepante, que merecen ser desarrollados en las presentes páginas.

La tesis que prevaleció —y sigue haciéndolo— considera que en la extinción del contrato indefinido no fijo no operan los arts. 51 ni 52 del ET. Se reconoce la eficacia extintiva directa de la causa constituida por la provisión del puesto de trabajo, cubierto por el indefinido no fijo, a través «del procedimiento o sistema legal», equiparándose tales empleados con los interinos por vacante, pero tal equivalencia sólo lo es en cuanto a la extinción, «pero nada más». En concreto, el fto. jco. I I de la STS de 27.05.2002 señala que

«Aunque la condición de temporal de un trabajador cada vez se va aproximando más a la del no temporal, y se les va reconociendo los mismos derechos laborales, cuando esta Sala introdujo la figura del temporalmente indefinido salvaba de las limitaciones y cortapisas propias de los trabajadores temporales a quienes no lo eran porque se negaba la eficacia a la cláusula de su temporalidad; Pero hubiera incurrido en ofensa a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, tan reiterados a lo largo de esta sentencia, si hubiera proclamado una absoluta identidad jurídica entre el fijo y el indefinido temporal.»

Por ello, y a juicio del Tribunal, no debe preocupar que se equipare económicamente la extinción de un indefinido no fijo a un interino por vacante, pues la justificación de la existencia de unos y otros son idénticas: la misma causa y la misma necesidad. En cambio, donde se sitúa la diferencia de trato legal entre uno y otro es durante la vigencia y desarrollo del contrato, que no será la misma entre un interino y un indefinido no fijo. Ello comporta, en consecuencia, que la extinción del contrato no da derecho a indemnización alguna, como igual acontece con los interinos en plaza vacante, y así, la extinción acontece por causas consignadas validamente en el contrato de trabajo, al amparo del art. 49.1.b del ET.⁵⁰

Por contra, la STS mencionada aportó un voto particular de los magistrados Antonio Martín Valverde, Gonzalo Moliner Tamborero y Bartolomé Ríos Salmerón, que entiende que la extinción del contrato indefinido no fijo se deriva de causas objetivas legalmente procedentes (art. 49.1.1 ET), y ello es así, a juicio del voto particular por las siguientes razones:

- Porque la pérdida del puesto de trabajo por su cobertura definitiva no es una causa consignada en contrato, sino una causa prevista por la ley, por lo que no es válido forzar el art. 49.1.b del ET, previsto para los pactos extintivos.
- Por contra, la inclusión del cese del trabajador indefinido no fijo en el despido objetivo (art. 52.c, fundamentalmente, y si se superan los lindes del

⁵⁰ Entre otros pronunciamientos más recientes, puede citarse la STSJ Cataluña de 24.05.2005 (AS. 2042), con un repaso de toda la doctrina que sobre la cuestión se ha emitido desde el 2002.

art. 51, por este precepto último), es factible sobre la base de razones organizativas o de ordenación eficaz del personal.

• Enlazándolo con lo anterior, el FD 3º del voto particular plantea el principio de equidad:

«no parece coherente privarles de cualquier indemnización por fin de contrato, equiparando las consecuencias de su cese a las de los trabajadores interinos, y situándolos en una posición incluso más desventajosa que la de los trabajadores que cesan en la Administración por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, los cuales tienen derecho por Ley a una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio...»

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La temporalidad e interinidad en el empleo público español ha derivado, por su uso abusivo y en no pocas ocasiones contrario al ordenamiento jurídico, en uno de los problemas más acuciantes de la función pública y de cualquier perspectiva de reforma de la misma. Los datos cuantitativos que hemos aportado a lo largo de este artículo, resultado de los informes consultados, no permiten dudar sobre la quiebra, especialmente en algunos ámbitos de las CCAA y en numerosas CCLL, de un esquema adecuado de relaciones de empleo, al convertirse la precariedad en, más que una circunstancia o coyuntura, en una auténtica –consciente o no– política de recursos humanos.

Sin embargo, hemos tenido ocasión de comprobar que no sólo el aspecto cuantitativo es significativo, sino quizá lo es mucho más el cualitativo o –mejor dicho–, las distorsiones que en la gestión del empleo precario está ocasionando al operador jurídico. Las figuras del «funcionario interino estable» y del «trabajador indefinido no fijo», y el haz de derechos y obligaciones que en torno a ellos se configura con una gran inseguridad jurídica, no pueden ser ignorados, o minusvalorados, por más tiempo por parte del legislador. Sin embargo, no parece que las partes afectadas con capacidad para analizar y plantear soluciones (poderes públicos y organizaciones sindicales) vayan más allá del acuerdo para reducir porcentualmente la precariedad, la promulgación de disposiciones obligando a reducir el empleo temporal e interino que sistemáticamente se incumplen, o la búsqueda de fórmulas torticeras para la consolidación de tal precariedad a través del concurso de méritos o de concurso oposición en donde la antigüedad se valora de forma desproporcionada.

A nuestro juicio, sin embargo, el problema es más complejo y supera a soluciones basadas en acuerdos tendentes a reducir la precariedad a determinados porcentajes –entre el 8 y el 10%, según los diferentes Acuerdos entre la

Administración y los sindicatos, o a través de iniciativas parlamentarias—, ⁵¹ requiriendo un análisis más detallado. El problema no es el volumen, sino las razones últimas de esa cantidad ingente de trabajadores y funcionarios en permanente estado de vigilia.

En primer término, creemos que debe asumirse la temporalidad e interinidad como un elemento más de la gestión de los recursos humanos de la Administración, como también lo es en el sector privado. La precariedad, por si misma, no es perniciosa o nociva. Incluso tampoco lo es cuando es elevada, si tiene una justificación objetiva o circunstancial. Nos parece una mala política el resumir el problema un tanto por ciento más o menos reducido y fijar como un logro conseguirlo; es más importante analizar si cada Administración Pública concreta necesita mayor o menor empleo fijo y si las fórmulas de temporalidad son adecuadas y necesarias.

En segundo lugar, se hace imprescindible reflexionar sobre las causas que tienden a que la Administración, cuando no tiene justificación razonable, adultera las figuras de la interinidad y la temporalidad, abusando de las mismas. En este sentido, creemos que la razón última que subyace en la acción administrativa es el reconocimiento implícito de la considerable rigidez del sistema funcional español, tanto legal como culturalmente, marco el cual puede también extenderse al personal laboral a consecuencia de una acción sindical extremadamente corporativista y que casa poco o nada con los intereses públicos, y que han convertido a nuestras Administraciones, y a la clase política que la dirige, en rehenes de esas organizaciones sindicales. Por ello se ha afirmado que la rigidez jurídica, la asunción cultural de la inamovilidad en el empleo público y el marco de relaciones sindicales suponen en la práctica «considerables restricciones para una gestión eficaz de los recursos humanos» que dan pie al *atajo* que es el empleo precario, que evita los problemas que la rigidez del empleo fijo supone para los entes públicos. ⁵²

En tercer lugar, cabe destacar la dicotomía que implica el empleo precario y la subversión de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Muchos empleados interinos o temporales han accedido a esta condición sin pruebas selectivas, o a través de procesos de escaso o nulo rigor, que sin embargo permiten a continuación acreditar una antigüedad que, al final de todo el trayecto, a buen seguro será útil para certificar méritos por servicios prestados que inhabilitarán al candidato externo para ocupar la plaza o puesto convocado. Sin embargo, queremos destacar que el acceso a la condición de interino o temporal no está

⁵¹ Entre las más recientes, en esa misma orientación, la aprobada por la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados, por unanimidad, el 16 de mayo de 2006, a iniciativa del grupo de Izquierda Unida que insta al Gobierno a impulsar medidas para rebajar la tasa de temporalidad en la Administración al 10%. Se propone al Ejecutivo que entre las medidas a tomar se cree un «Observatorio de la estabilidad laboral», se aborden políticas de igualdad de trato, se externalicen servicios o se limite el empleo interino.

⁵² Al respecto, Francisco Longo: «Precariedad laboral en la Administración Pública». *Expansión&Empleo* de 6 de noviembre de 2003.

exceptuado de la aplicación de los referidos principios de igualdad, mérito y capacidad. Esta ausencia es un efecto o síntoma, pero en modo alguno la causa de la precariedad. Por ello defendemos la razonabilidad del empleo temporal si éste se sitúa en un nivel equilibrado a las necesidades de las entidades públicas, porque como tal es una fórmula de gestión de los recursos humanos que no debe rechazarse. Por ello concordamos con la doctrina más reciente que como estrategia para luchar contra la precariedad quizá no haya que atacar tanto a ésta como la rigidez de la gestión del empleo público.

Finalmente, creemos que en tanto no se solventen o se suavicen los conflictos jurídicos derivados del volumen de precariedad y de las irregularidades que a veces conlleva –y somos profundamente pesimistas sobre que ello ocurra–, será preciso que el legislador ponga orden, a través de normas jurídicas meridianamente claras, en torno a los derechos y obligaciones del personal interino o temporal de la Administración, y en especial de aquél que prolonga su permanencia en la inestabilidad más allá de unos plazos razonables. Nos parece claramente desacertado que deba ser el juez el que imponga o resuelva, sin soporte jurídico claro, los contenciosos que diariamente se originan, del que es buena prueba las –legalmente- inexistentes, pero jurisprudencialmente aceptadas, figuras del «funcionario interino estable» o del «trabajador indefinido no fijo». Corresponde a los poderes públicos, a través de una norma legal indubitada, fijar los derechos, garantías y obligaciones de unos y otros (empleados y entes públicos) cuando se han producido irregularidades, perversiones del sistema o fraude a la ley, y no a las sentencias de los distintos órdenes judiciales que han acabado asumiendo un papel de legislador, que yendo más allá de lo que corresponde a la jurisprudencia, desvirtúan la división de poderes de un Estado de Derecho, al construir un marco jurídico que no deriva de la voluntad del Parlamento o del gobierno, sino de construcciones judiciales forzadas, cuando no contradictorias entre sí o con el propio ordenamiento jurídico.