

## **Las irregularidades en el empleo público de carácter temporal y la responsabilidad de los órganos competentes en materia de personal**

**Josefa Cantero Martínez**

*Profesora Titular de Derecho Administrativo UCLM*

[Josefa.cantero@uclm.es](mailto:Josefa.cantero@uclm.es)

**SUMARIO:** I. Introducción. La Disposición adicional trigésima cuarta de la LPGE para 2017. II. El contexto de la reforma: temporalidad del empleo público y cambios jurisprudenciales. III. Las irregularidades en la contratación laboral temporal. El polémico derecho indemnizatorio por cese del empleado indefinido. IV. ¿Qué ocurre con las irregularidades en los nombramientos administrativos de carácter temporal? V. Los efectos pro futuro de la cláusula y los procesos de “normalización” de las irregularidades cometidas. VI. Las posibles “responsabilidades” del titular del órgano competente en materia de personal. Delimitación de supuestos. 1. La responsabilidad penal. 2. La responsabilidad disciplinaria. 3. La responsabilidad patrimonial del art. 36 de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público. 3.1. La dudosa aplicación de la acción de regreso. 3.2. La acción directa contra el funcionario o autoridad. A) El daño. ¿Qué tipo de irregularidades en la contratación son susceptibles de causar un “perjuicio económico”. B) El requisito del dolo, culpa o negligencia graves. C) El procedimiento administrativo y la posición jurídica de la autoridad o personal responsable. VII. ¿Qué puede hacer la Administración para evitar la exigencia de este tipo de responsabilidades? A modo de conclusión.

### **I. INTRODUCCIÓN. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMA CUARTA DE LA LPGE PARA 2017**

Nos proponemos analizar las importantes modificaciones que en nuestro ordenamiento jurídico ha introducido la Disposición adicional trigésima cuarta de la *Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017* (LPGE). Esta disposición, tras hacer un recordatorio de la obligatoriedad que tiene la Administración de respetar el principio de legalidad, en este caso, la legalidad referida exclusivamente al ámbito del ordenamiento laboral, prevé de forma expresa la exigencia de responsabilidad a sus autoridades o empleados competentes en materia de personal por las irregularidades que se hayan producido con motivo de la contratación laboral. Curiosamente el ámbito de aplicación de este nuevo régimen jurídico sólo se aplica al ámbito de la contratación laboral y no al funcional. Al menos en principio, pues, quedan fuera de este marco de exigencia

de responsabilidades las irregularidades en el nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos, que también son muy frecuentes<sup>1</sup>.

Esta nueva disposición señala directamente a los titulares de los “órganos competentes en materia de personal en cada Administración” como responsables del cumplimiento de la normativa laboral y, específicamente, de evitar que se produzca cualquier tipo de irregularidad que pueda dar lugar a la conversión de un contrato laboral temporal en un contrato indefinido no fijo. Con esta finalidad, ha establecido un recordatorio de cuáles son sus obligaciones respecto del personal laboral.

En rigor, este contenido debería ser redundante pues, sabido es, que la Administración está regida por el principio de legalidad, que le obliga a respetar todas las normas, incluidas las del Derecho Laboral. Sin embargo, el legislador ha considerado necesario introducir este recordatorio expreso para los responsables de la contratación debido posiblemente al elevadísimo número de irregularidades cometidas. Por ello, recuerda que se deben formalizar todos los contratos que realicen siguiendo las prescripciones y los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y el resto de normas laborales, así como las nuevas previsiones establecidas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Deben respetar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso del personal laboral al empleo público, así como la normativa sobre incompatibilidades y, sobre todo, no pueden convertir ellos mismos y por su sola voluntad un contrato temporal en indefinido ni reconocer esta condición al personal que a su vez tenga un contrato administrativo con esa Administración si no media la correspondiente resolución judicial. Es decir, sólo se puede adquirir la condición de personal contratado indefinido a través de la correspondiente sentencia de los jueces y tribunales del Orden Jurisdiccional Social. Lógico, porque esta figura ha sido de creación judicial, no administrativa. Con ello se pone fin a determinadas prácticas ilegales que se venían realizando en algunas Administraciones Públicas al aplicar ellas mismas la jurisprudencia social y efectuar directamente estas conversiones contractuales, algunas veces cumpliendo el requerimiento de la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>2</sup>.

Cualquier actuación irregular en materia laboral dará lugar a la correspondiente exigencia de responsabilidad, que se ejercerá directamente frente a los titulares de los órganos competentes en materia de personal y de conformidad con la normativa que se haya establecido en cada Administración. En principio, ello nos remitiría automáticamente y como legislación básica estatal a los procedimientos para la exigencia de responsabilidad patrimonial y responsabilidad penal de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas que prevén los artículos 36 y 37 de la *ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*, a la llamada acción de repetición o acción de regreso. Esta acción permite a la Administración repercutir al responsable las consecuencias negativas que para ella ha tenido la contratación irregular, básicamente el pago de una indemnización.

---

<sup>1</sup> El art. 19 del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado regulaba inicialmente esta nueva institución de una forma mucho más amplia, toda vez que se refería tanto a la contratación de personal temporal como al nombramiento de personal estatutario temporal y de funcionarios interinos.

<sup>2</sup> Véase al respecto el caso analizado en el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha número 41/2012, de 14 de marzo. Expediente relativo a la revisión de oficio de la resolución del Presidente de la Diputación Provincial de Toledo, por la que se ordena la conversión en contratos indefinidos de diversos contratos temporales suscritos con trabajadores de la Diputación.

El primero de estos preceptos, efectivamente, habilita a la Administración para el ejercicio de la llamada acción de regreso y la acción directa contra las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas responsables del daño. Ello por cuanto las indemnizaciones efectivamente abonadas por la Administración al empleado indefinido se cargan o imputan a un presupuesto público. Este tipo de responsabilidad cumple básicamente una finalidad preventiva y disuasoria de posibles comportamientos irregulares en la contratación laboral y, llegado el caso, reparadora o resarcitoria de las indemnizaciones pagadas. Su aplicación al ámbito de la contratación laboral, no obstante, plantea importantes problemas jurídicos. Además, su tramitación puede llegar a tener un importante impacto económico en el patrimonio del funcionario o autoridad responsable. Sobre este tipo de responsabilidad vamos a centrar fundamentalmente nuestro trabajo.

Por lo demás, la remisión genérica que contiene esta Disposición a la “exigencia de responsabilidades” puede dar lugar a otras posibles vías de actuación previstas en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que habría que plantearse si las irregularidades en la contratación laboral tienen encaje en la llamada responsabilidad contable, en la responsabilidad disciplinaria del empleado responsable o incluso si cabe la exigencia de responsabilidad penal o por la comisión de infracciones en el orden social. Su análisis, en todo caso, remite a cada una de las normativas que rigen en cada ámbito, autonómico o local, para completar este nuevo marco jurídico.

## **II. EL CONTEXTO DE LA REFORMA. TEMPORALIDAD DEL EMPLEO PÚBLICO Y CAMBIOS JURISPRUDENCIALES**

Esta disposición se relaciona directamente con el problema de la temporalidad en el ámbito de la Administración. Con su aplicación se pretende asegurar el cumplimiento de la normativa laboral y, sobre todo, evitar que se cometan irregularidades en la contratación laboral temporal que puedan dar lugar a la conversión del contrato temporal en indefinido, con los costes indemnizatorios que ello supondría para la Administración empleadora.

El volumen de empleados temporales existente a día de hoy en la Administración excede con creces del que sería razonable para atender a las necesidades temporales de prestación de los servicios públicos y para la realización de las distintas actividades de nuestras Administraciones públicas, toda vez que, en no pocas ocasiones, estas contrataciones temporales responden a necesidades permanentes y de carácter estructural de la organización. Aunque este problema ha existido desde siempre, se ha manifestado de un modo mucho más intenso en los últimos años como consecuencia directa de la crisis y de las austeras limitaciones en la tasa de reposición de efectivos, que han impedido el reclutamiento de nuevos empleados públicos. Si a ello sumamos las bolsas de personal temporal que existen en algunos sectores transferidos, especialmente en la educación y sanidad, la falta de agilidad de los procesos selectivos, las dificultades para la movilidad del personal y, sobre todo, la falta de cultura planificadora en la Administración, se entiende sin necesidad de realizar ningún otro esfuerzo interpretativo, el gran problema que supone la temporalidad en la esfera pública.

A este problema se refería ya el *Informe de la Comisión Para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* que presidió el profesor Miguel Sánchez Morón y que se publicó el 25 de abril de 2005. En este informe ya se mencionaba expresamente la necesidad de atajar este problema. Entre otras medidas, la Comisión propuso hacer hincapié en la responsabilidad de las autoridades y de funcionarios a quienes se atribuyera

la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral del empleado interino o temporal. Se apuntaba a la necesidad de establecer legalmente la exigencia de un informe previo por parte del titular del órgano que tuviera a su cargo el asesoramiento legal de la Administración, organismo o departamento en que prestara sus servicios el trabajador sobre la irregularidad de la prórroga expresa o implícita del contrato. Dicho informe se debería emitir de oficio, bajo su responsabilidad, con la antelación necesaria para adoptar la decisión que correspondiera según la legislación aplicable. Una vez emitido dicho informe, el titular del órgano de contratación asumiría responsabilidad personal de naturaleza disciplinaria, patrimonial o, en su caso, penal, que le correspondiera según la legislación vigente por la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral (pág. 63). Sin embargo, el EBEP no recogió ninguna previsión similar. Para evitar el problema de la temporalidad en el empleo público se limitó meramente a establecer la obligación de que las plazas vacantes cubiertas por interinos se recogieran en las ofertas de empleo público y a introducir una nueva cultura planificadora de los recursos humanos en la Administración. Además, como un intento para evitar la figura del empleado indefinido huyó del ámbito laboral, introduciendo con carácter básico dos nuevos supuestos que habilitaban a la Administración para el nombramiento de funcionarios interinos y que ya existían en algunas normativas autonómicas: la ejecución de programas de carácter temporal y el exceso o acumulación de tareas.

Durante estos años el problema de la temporalidad y precarización del empleo público, no sólo no se ha solucionado, sino que se ha intensificado de forma notable debido fundamentalmente a las importantes limitaciones en el reclutamiento de personal que han introducido las tasas de reposición de efectivos en estos últimos años. Aunque las cifras no son coincidentes ni exactas por las dificultades que existen para computar a este colectivo, se calcula que existen entre 250 y 300 mil empleados públicos temporales en las Administraciones Públicas, incluyendo funcionarios interinos y personal estatutario temporal. Aproximadamente suponen un 20% del total de empleados públicos.

Pero para explicar esta nueva Disposición adicional tendríamos que tener en cuenta otro factor más. La decisiva irrupción en este ámbito de la jurisprudencia comunitaria interpretando la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y sus importantes efectos, no sólo en la jurisprudencia social, sino también en la Administrativa. Sus sentencias han supuesto un punto de inflexión en esta materia por las importantes consecuencias económicas que pueden tener para el erario público. Fundamentales han sido las tres Sentencias dictadas el 14 de septiembre de 2016, dos de ellas aplicables al personal estatutario y funcional<sup>3</sup> y la otra, la que ahora nos interesa, al personal laboral<sup>4</sup>. Estas sentencias han vuelto a poner el foco de atención en el empleo temporal.

---

<sup>3</sup>Para un estudio más detallado de estas otras dos sentencias que afectan al personal estatutario y al funcionario interino me remito directamente a CANTERO MARTÍNEZ, Josefa “El funcionario interino en la jurisprudencia. Sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 12, 2017. Págs. 8-29.

<sup>4</sup>En esta sentencia de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, se analizaba el caso de una empleada del Ministerio de Defensa, la señora De Diego Porras, que había concatenado durante más de 7 años varios contratos de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad del contrato de interinidad para la sustitución de un liberado sindical que, con motivo de la crisis, se había reincorporado a su puesto de trabajo. En aplicación de la doctrina que contiene, la jurisprudencia está reconociendo 20 días de indemnización por año trabajado cuando se produce la extinción de la relación laboral indefinida. Así, la STSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2016, Sección nº 03 de lo Social, sentencia número 613/2016-CB, ha declarado que no se puede discriminar a la señora De Diego Porras, por lo que tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es, veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, porque la

La doctrina ha criticado el carácter expansivo de esta jurisprudencia, que, a pesar de ser muy reciente, ha logrado extender el derecho indemnizatorio del trabajador cuando se produce el cese en cualquiera de las modalidades contractuales temporales. Ello resulta especialmente grave ante el panorama de inseguridad jurídica que existe en la actualidad en materia de indemnizaciones por la contratación temporal, que se están extendiendo incluso a los nombramientos funcionariales. Como dirá Molina Navarrete, la aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario y el nuevo art. 4bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>5</sup> han investido a los jueces, de un nuevo poder en el proceso de producción normativa al permitirles ampliar algunos derechos indemnizatorios que no han sido expresamente previstos por el legislador, desautorizando “*profundamente el principio — formal— de legalidad*” y haciendo que la «*boca del juez*», deje en «*letra muerta*» toda la regulación legislativa vigente<sup>6</sup>.

Ello supone que prácticamente todos los ceses del personal laboral temporal van a suponer un importante gasto para la Administración. Ahora bien, cuando estos ceses afecten al personal indefinido por ser fruto de una previa irregularidad en la Administración, la Administración podrá repercutirlo sobre el funcionario causante y exigirle las responsabilidades que correspondan.

Estas nuevas circunstancias obligan a la Administración a ser todavía mucho más cautelosa y exigente respecto de la adecuada utilización de estas modalidades contractuales de carácter temporal. De ahí el contenido recordatorio que contiene esta Disposición adicional trigésima cuarta. Por todos los medios han de cumplirse adecuadamente las normas laborales relativas a cada tipo de contrato y, sobre todo, deben evitarse estas irregularidades so pena de exigir responsabilidades a su causante. Y es que todos estos cambios jurisprudenciales también han terminado afectando al cese del empleado indefinido. Se ha producido un importante giro jurisprudencial con la STS de 28 de marzo de 2017, Sala de lo Social, sentencia núm. 257/2017, RJ 2017\1808. La extinción del contrato del indefinido por cobertura reglamentaria de la plaza otorga también al empleado el derecho a percibir la indemnización de veinte días por año servicio prevista para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. Se aplica así la misma solución que ya se había apuntado unos años antes para el cese por amortización de plaza.

En definitiva, pues, las irregularidades que se comentan en el ámbito laboral y que supongan la conversión del contrato temporal en indefinido van a tener siempre importantes repercusiones económicas para el Erario público cuando el indefinido sea desplazado de su puesto, por amortización de plazas o por su cobertura reglamentaria. Esta situación puede ser especialmente costosa si tenemos también en cuenta los procesos de estabilización y consolidación de empleo que se llevarán a cabo en los próximos tres años en virtud de lo dispuesto en la LPGE.

---

extinción de su contrato es procedente. En consecuencia, condena al Ministerio a pagar 6.141,85 € en concepto de indemnización.

<sup>5</sup> La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ha introducido el nuevo artículo 4 bis en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para permitir directamente a los Jueces y Tribunales aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

<sup>6</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?”, *Diario La Ley*, N° 9053, Sección Tribuna, 3 de octubre de 2017, pág. 2.

Está claro que la Administración quiere hacer “borrón y cuenta nueva” –si se me permite esta expresión- y regularizar esta anómala situación de temporalidad en la Administración. Para ello se ha iniciado un proceso de reflexión en esta materia y se han empezado ya a adoptar las primeras medidas para atajar este problema. En este sentido, puede mencionarse el *Acuerdo para la mejora del empleo público*, firmado por el Gobierno y los sindicatos el día 29 de marzo de 2017 y que prevé reducir en los próximos tres años el 90% de los empleos temporales para que las tasas de temporalidad en la Administración no excedan nunca del 8% de las plantillas. Su contenido ha sido recogido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, cuya Disposición adicional trigésima cuarta ha querido establecer una advertencia expresa para los responsables de la contratación irregular, a quienes se les puede exigir responsabilidad por su actuación o por su inactividad. Ello trasluce un importante cambio de cultura en el empleo público. La Administración debe hacer un gran esfuerzo por cambiar su cultura jurídica y evitar a toda costa la utilización abusiva de la contratación laboral irregular, evitando la conversión en contratos indefinidos de los contratos temporales irregulares. Si no, se depurarán las responsabilidades que correspondan.

### III. LAS IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL. EL PROBLEMÁTICO DERECHO INDEMNIZATORIO POR CESE DEL EMPLEADO INDEFINIDO

La disposición adicional trigésima cuarta delimita el supuesto generador de la responsabilidad: las actuaciones irregulares en materia laboral y, en especial, **cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo**. Su interpretación nos remite exclusivamente a la normativa laboral, por lo que, al menos en principio, quedarían excluidas de su aplicación las irregularidades que se puedan producir en el nombramiento del personal estatutario temporal o de funcionarios interinos, que también son muy numerosas.

La contratación temporal del art. 15 del *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante, ET) es excepcional y estrictamente causal, dado que, los contratos deben reconducirse a alguno de los supuestos tasados en este precepto<sup>7</sup>. Tal como se analiza en la STSJ de Andalucía de 24 de abril de 2014, Sevilla, Sala de lo Social, Sección 1ª, núm. 1158/2014, la contratación temporal realizada fuera de estos supuestos, para la realización de tareas ordinarias y habituales del Ayuntamiento contratante, hace que el contrato temporal deba reputarse fraudulento y, consecuentemente, como indefinida la relación laboral que surge de ellos<sup>8</sup>. En virtud de ello, el cese del empleado acordado por el

<sup>7</sup> Según el art. 1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, se pueden celebrar contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: a) para realizar una obra o servicio determinados; b) para atender circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos y

c) para sustituir a trabajadores con derecho a la reserva del puesto de trabajo.

<sup>8</sup> Aunque sobre esta materia existe una extensa bibliografía, nos remitimos, entre otros muchos autores a RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante. similitudes y diferencias”, *Aranzadi Social*, Vol. 3, Nº 12 (Nov), 2010; BOLTAINA BOSCH, Xavier, “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública”, *Aranzadi Social*, nº 4/2002; NICOLÁS BERNARD, José Alberto., *El fraude de ley en la contratación temporal y su incidencia en el contrato de trabajo para obra o servicio determinado*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011; RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DELPUECH, Lucía, “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones

Ayuntamiento demandado sin causa que lo legitime, constituye despido que debe calificarse como improcedente y surtir los efectos inherentes a dicha declaración.

Diversos apartados del art. 15 del ET sancionan las irregularidades que cometa el empresario en la contratación temporal con la conversión en un contrato indefinido o en un contrato fijo con la empresa<sup>9</sup>. Dicha conversión contractual se aplica cuando se comenten determinadas irregularidades en la contratación, tanto en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados del art. 15.1.a) como en los supuestos de encadenamiento de contratos del artículo 15.5. Lo mismo sucede cuando no se da de alta en la Seguridad Social al empleado (art. 15.2), cuando se celebra un contrato en fraude de ley (art. 15.3) o cuando no se realiza una denuncia o prórroga expresa de los contratos de duración determinada y el empleado sigue prestando servicios, incluidos los contratos en prácticas y en formación (art. 49.1.c). Ahora bien, en el ámbito de la Administración, la jurisprudencia creó el concepto de contrato indefinido como una modalidad distinta del contrato fijo o de plantilla.

La figura del empleado “indefinido” es de creación jurisprudencial. Surgió como una solución de compromiso para armonizar el carácter tuitivo y protector que tiene el Derecho laboral ante las irregularidades en la contratación temporal con los principios constitucionales que rigen el acceso a la Administración. La jurisprudencia establecida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre, 10 y 30 de diciembre de 1996, 14 de marzo de 1997, 20 de enero de 1998 y 27 de mayo de 2002, estableció que *"el carácter indefinido del contrato implica, desde una perspectiva temporal, que éste está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza de plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas"*. Los principios constitucionales impiden que la Administración pueda atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo. Está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato. Sin embargo, la jurisprudencia no aclaró su régimen jurídico ni las consecuencias indemnizatorias de su extinción. Así, por ejemplo, la STS 27 mayo 2002, Sala de lo Social, RJ 2002, 9893, equiparó su situación jurídica a la del interino por vacante<sup>10</sup>, considerando que *"no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato"*.

Toda esta jurisprudencia ha terminado concretándose finalmente en su Disposición adicional decimoquinta del ET (introducida por la Ley 43/2006 y modificada por la Ley

---

reservadas al personal funcionario”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 83, mayo-agosto (2012); GOERLICH PESET, José María y VEGA LÓPEZ, Julián, “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 1998.

<sup>9</sup> Sobre la necesidad de repensar y conectar más debidamente los instrumentos que el Derecho público ofrece con los propios del Derecho laboral nos remitimos a CASTILLO BLANCO, Federico, “¿Un nuevo episodio de desajuste entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral?: una reflexión a propósito de las medidas adoptadas en la reforma laboral”, *Revista de Administración Pública*, nº 190, 2013, págs. 309 y ss.

<sup>10</sup> CAMPOS DAROCA, José María, *Empleo público y fraude en la contratación temporal. Efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, págs. 275 y ss., considera que la posición jurídica en la que queda el empleado podría calificarse ciertamente de una “patología” del empleo público.

35/2010), que reconoce ya de forma expresa los efectos de esta sanción en el ámbito de las Administraciones Públicas: la conversión del contrato temporal en indefinido, aunque respetando dichos principios constitucionales. Esta conversión no impide que la Administración cumpla con su obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. El empleado continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que la Administración proceda a su cobertura por los procedimientos ordinarios y según la normativa aplicable o, en su caso, hasta que decida amortizar dicho puesto. En ese momento se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

Esta Disposición aplica expresamente estas consecuencias en las irregularidades que se comentan en cuanto los límites de **duración del contrato por obra o servicio determinados** (art. 15.1.a) y al **encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas** (art. 15.5) y delimita su aplicación al ámbito de las Administraciones Públicas y de sus organismos públicos vinculados o dependientes<sup>11</sup>. Pero, como se ha dicho, la previsión expresa de la indefinición del contrato a solo estos dos supuestos del art. 15 del ET supone una regulación incompleta que nuevamente está siendo superada por la jurisprudencia<sup>12</sup>. Además, no dice expresamente cuáles son los efectos que producirá la extinción del vínculo. Esta laguna ha sido cubierta por una intensa labor jurisprudencial que, además ha sido enormemente cambiante. Inicialmente se consideraba que este empleado quedaba situado en una posición jurídica similar a la del funcionario interino y, en consecuencia, sin derecho a indemnización alguna. En la actualidad, en aplicación de la doctrina comunitaria y muy especialmente del caso de De Diego Porras, se ha terminado reconociendo la indemnización de 20 días de salario por año de trabajo para todos los supuestos de extinción, con independencia de la causa. Ello, tal como algunos autores han denunciado, ha supuesto un auténtico “seísmo” en el empleo público<sup>13</sup>.

Las consecuencias para el empleado y para la Administración varían mucho según cómo se interprete la extinción de la relación laboral indefinida. Si para fijar la cuantía indemnizatoria se acude al art. 49.1.c del ET<sup>14</sup>, el empleado tendría derecho a una indemnización de 12 días por año trabajado. Por el contrario, si la extinción del contrato se reconduce al supuesto de despido por causas objetivas (técnicas, organizativas, económicas o de producción), la indemnización aumenta a los 20 días por año de servicio,

---

<sup>11</sup>Para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos solo se tienen en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que, a estos efectos, formen parte de ellas los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas, ni tampoco a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley. En este último caso, tampoco se aplicará la limitación de los 3 años para los contratos de obra o servicio cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

<sup>12</sup>RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DELPUECH, Lucía, “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario”, Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 83, mayo-agosto (2012), pág. 69.

<sup>13</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?”, Diario La Ley, Nº 9053, Sección Tribuna, 3 de octubre de 2017.

<sup>14</sup> Este precepto regula las distintas causas de extinción del contrato. En su letra c) se refiere a la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

prorrrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades, según lo dispuesto en el art. 53.b) de dicha norma.

Un importante paso en este proceso fue la STS de 24 de junio de 2014, Sala de lo social, RJ 2014, 4380, que se pronunció en relación con el cese del personal indefinido no fijo de la Administración en el supuesto específico de amortización de las vacantes. En dicha sentencia, superando anteriores criterios jurisprudenciales contenidos en la STS de 22 de julio de 2013, Sala de lo Social, RJ. 2013/7657, y las anteriores que en ella se citan, se afirmó que, tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional vigésima del ET, que reconoce los despidos colectivos en el ámbito de la Administración, había que entender que el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debía sujetarse a lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, de manera que no resultaba ajustado a derecho proceder a la simple y automática amortización de los puestos de trabajo sin indemnización y sin acudir a las referidas vías legales establecidas para la extinción de los contratos de trabajo por esa causa<sup>15</sup> "...".

A tenor de esta doctrina<sup>16</sup>, el derecho indemnizatorio del empleado y, sobre todo, las consecuencias económicas para la Administración, eran distintas según la causa de la extinción. Sólo si se trataba de una amortización de la plaza en la RPT, había que indemnizar con 20 días por año trabajado. Por el contrario, cuando la finalización del contrato se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza, la jurisprudencia consideraba que este supuesto de extinción del vínculo no podía ser calificado de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) del ET, anudando a dicho precepto sus consecuencias indemnizatorias de 12 días por año trabajado.

---

<sup>15</sup> Parte de la consideración fundamental de que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada, ante una obligación a plazo, a término, y no ante una obligación sujeta a condición resolutoria explícita o implícita. No estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del E.B.E.P.). Por ello, la amortización de esos puestos de trabajo, mediante una nueva ordenación de los puestos de trabajo, aunque lícita y permitida por el art. 74 del E.B.E.P. no puede conllevar la automática extinción del contrato de interinidad celebrado para cubrirla porque no está prevista legalmente como causa de extinción de esos contratos sujetos a un término, a un plazo cuya mayor o menor duración se ha fijado por la norma y depende de la diligencia de la empleadora en poner en marcha los oportunos procesos de selección. La idea de que la amortización extingue el contrato porque el mismo tiene una condición resolutoria implícita en ese sentido debe rechazarse, porque, cual se ha dicho antes, nos encontramos ante una obligación a término indeterminado y no ante una condición, ya que la existencia de una condición requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 C.C.). Además, esa condición resolutoria sería nula, conforme a los artículos 1115 y 1256 del Código Civil, pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo que no es correcto, según esos preceptos.

<sup>16</sup> En esta evolución jurisprudencial se ha aplicado la jurisprudencia comunitaria dictada en el **Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 (asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149)**. En este Auto se declara que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan también incluidos en el marco de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. A partir de ahí, ha considerado contraria a dicha Directiva una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público. Pues bien, "dado que la medida efectiva puede consistir en una indemnización y que el Ordenamiento jurídico interno español contiene ya ese mecanismo en el art. 49.1 c) ET, ninguna justificación podría aceptarse para excluir la indicada indemnización por la mera circunstancia hallarnos ante relaciones de trabajo que se desarrollan del sector público".

Sin embargo, se ha producido un nuevo punto de inflexión en esta materia con la STS de 28 de marzo de 2017, Sala de lo Social, sentencia núm. 257/2017 (RJ 2017\1808), que ha cambiado su jurisprudencia y fijado un nuevo criterio cuantitativo para la indemnización basándose en las siguientes razones, que reproduzco casi en su literalidad:

1. Porque la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya viene recogida en el TREBEB, aprobado por el RDL 5/2015, de 30 de octubre. Sus artículos 8 y 11.1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal. Ello supone, a juicio de la Sala, que el personal indefinido no puede ser equiparable al temporal. Esta distinción, no obstante, no debe ser decisiva, toda vez que la redacción originaria del EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril), ya recogía esta distinción en los mismos términos y el Tribunal Supremo no había derivado de ello esta nueva situación indemnizatoria.
2. Porque el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, (art. 15, números 3 y 5, del ET), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 103 de la Constitución y 9-2, 11-2, 55, 70 y demás concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público). Por ello, no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad. Esta explicación nos sirve para comprender la creación de esta figura, pero no el nuevo giro indemnizatorio.
3. Porque la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo.
4. Al no haber previsto el EBEP los elementos esenciales de esta nueva figura ni de su régimen extintivo, la Sala se ve obligada a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, *“acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del*

*mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato”.*

En definitiva, pues, ahora la figura del indefinido se aleja del régimen jurídico del personal temporal para aproximarse más al empleado fijo o de plantilla. Ello supone que las irregularidades que la Administración cometa en el ámbito laboral y que supongan la conversión del contrato temporal en un contrato indefinido pueden resultar muy costosas para el Erario público si, llegado el caso, se produce la extinción del vínculo contractual por amortización de plaza o por haberse producido su cobertura reglamentaria. Los procesos de estabilización y de consolidación que se van a llevar a cabo en los próximos tres años puede tener un importante impacto económico para la Administración en caso de que se produzca el cese del indefinido. Sin embargo, la redacción de esta cláusula la hace de difícil aplicación y con escasos efectos prácticos, tal como seguidamente veremos.

Por lo demás, el supuesto de hecho de la Disposición adicional trigésima cuarta parece centrarse casi exclusivamente en las irregularidades de la contratación temporal. Pero existen otro tipo de irregularidades que pueden ocasionar también la conversión del contrato en indefinido y que, en consecuencia, también podrían derivar en la exigencia de responsabilidades patrimoniales para la autoridad o funcionario responsable por aplicación directa de lo previsto en el art. 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Así, se ha planteado el debate para los supuestos fraudulentos de contratos administrativos pues, como señala la doctrina, desde un estricto punto de vista jurídico, “no es lo mismo encadenar contratos laborales temporales en virtud de sucesivos nombramientos resultantes de la correcta aplicación de las normas sobre bolsas de trabajo de una Administración, que encadenar contratos temporales adjudicados sin respetar esas normas, o haber prestado servicios en virtud de un contrato administrativo menor o negociado sin publicidad, que, por tanto, fueron adjudicados sin respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”<sup>17</sup>. De hecho, ya se han dictado varias sentencias que permiten esta posibilidad. Así, puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011 (Sala de lo Social) que aplica esta figura a los denominados “falsos autónomos”, declarando el derecho a que su relación con la Administración Pública se transforme en una relación laboral por tiempo indefinido cuando, en definitiva, el autónomo sea tratado bajo los parámetros de laboralidad.

También resultaría aplicable esta disposición ante otro tipo de irregularidades. Pensemos, por ejemplo, en la cesión ilegal de trabajadores. Un ejemplo de ello se plantea en la TSJ Asturias de 7 de febrero de 2017, Sala de lo Social, Sección 1ª, sentencia núm. 173/2017, que ha condenado a la Universidad de Oviedo como cesionaria del trabajador al pago de la indemnización por despido y el abono de los salarios de tramitación al haber optado el despido por la incorporación a la misma. Se trataba de una cesión ilegal de trabajadores pues se había acreditado que la actividad se limitaba a suministrar mano de obra, bajo

---

<sup>17</sup> Para un análisis mucho más detallado de esta posibilidad nos remitimos por completo al estudio realizado por RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel y FERNÁNDEZ DELPUECH, Lucía, “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 83, mayo-agosto (2012), pág. 75.

contratas aparentes de servicios técnicos, desarrollándose la actividad laboral en locales y con los medios propios de la cesionaria (universidad de Oviedo), mediante la simulación de contratación técnica por «lotes», con la evidente finalidad de maquillar una situación laboral irregular de los trabajadores. Otro ejemplo de ello se encuentra en la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 15 de abril de 2016, Sala de lo Social, sentencia núm. 242/2016 de 15 abril, RJ\2017\3830, que ha declarado la existencia de una cesión ilegal de trabajadores y ha convertido el contrato temporal en uno por tiempo indefinido, por lo que el despido se declara como improcedente por falta de acreditación de causa de temporalidad, condenando a la Junta de Castilla y León a readmitir a la trabajadora o a indemnizarla en la cuantía de 25.189,45 €.

La jurisprudencia también ha aplicado estas consecuencias en el caso del contrato de interinidad para cobertura de vacante cuando la Administración no convoca la plaza en los tres años posteriores al contrato. La relación temporal debe considerarse como relación laboral indefinida (STS de 14 de julio de 2014, Sala de lo Social, RJ 2014, 4528). La superación del plazo de tres años, ex art. 70 EBEP, sin haber procedido la Administración contratante a la ejecución de la oferta de empleo público, debe comportar, en aplicación de la citada doctrina, la declaración de indefinición de los contratos de interinidad afectados, aunque no la imposibilidad de que dichas vacantes puedan ser cubiertas siguiendo esos mismos procedimientos, por cuanto, y a estos efectos, el régimen aplicable a los contratos de interinidad y a los indefinidos no fijos, que es la consecuencia del incumplimiento del plazo indicado, es el mismo (STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2016, Sala de lo Social, Sección 6ª, JUR 2017\18329).

En fin, como puede verse no son pocos los problemas teóricos y prácticos que plantea el contratado indefinido<sup>18</sup>. Al quedar en manos de la Administración la decisión de convocar la plaza a través del correspondiente procedimiento selectivo no es del todo infrecuente su inactividad, que ha terminado provocando una consolidación de facto del empleado indefinido, la eternización del empleado en la Administración, en clara vulneración de los principios constitucionales que rigen el acceso a la Administración. Por ello no es de extrañar que algunas de las más recientes leyes autonómicas de función pública hayan intentado soslayar esta situación fijando expresamente la obligación de la Administración de crear dichas plazas en la RPT para después sacarlas en la oferta de empleo público y convocarlas<sup>19</sup>.

#### **IV. ¿QUÉ OCURRE CON LAS IRREGULARIDADES EN LOS NOMBRAMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER TEMPORAL?**

Dado que la Disposición adicional que nos ocupa se refiere únicamente a las irregularidades en la contratación laboral, cabría plantearse qué sucede cuando las irregularidades se comenten en el nombramiento del personal funcionario interino o el personal sanitario eventual.

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ DELPUECH, Lucía, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, págs. 282 y ss.

<sup>19</sup> Buen ejemplo de ello encontramos en el art. 28 de la *Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia*, que obliga incluso a modificar la RPT en el plazo de 3 meses para ajustarla a la creación de puestos derivados de sentencias judiciales firmes que reconozcan situaciones laborales de carácter indefinido, cuando la persona afectada no pudiera ser adscrita a un puesto de trabajo vacante. Estos puestos se incluirán en la RPT como puestos de personal funcionario o, excepcionalmente, de personal laboral cuando la naturaleza de sus funciones así lo requiera, y se incorporarán a la oferta de empleo público, salvo que se disponga su amortización.

En el Proyecto de Ley de Presupuestos se había establecido la exigencia de responsabilidades por las irregularidades cometidas, tanto en la contratación de personal temporal, como en el nombramiento de personal estatutario temporal y de funcionarios públicos, que sólo podrían utilizarse en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables. Es más, su art. 19 establecía un límite máximo de duración de estos contratos o de los nombramientos, que en ningún caso podrían ser superiores a tres años ni podrían encadenarse sucesivos contratos o nombramientos con la misma persona por un período superior a tres años, circunstancia ésta que, además, debería quedar debidamente reflejada en el contrato o nombramiento. Sin embargo, dicho precepto desapareció del texto definitivo de la ley y en la Disposición adicional trigésima cuarta sólo se establecieron estas responsabilidades para la contratación temporal irregular.

A mi entender, sin embargo, el hecho de que no se mencionen explícitamente en esta disposición no significa que a sus responsables no se les pueda exigir igualmente el mismo tipo de responsabilidad por aplicación de las normas generales del art. 36 de la Ley 40/2015, y cuando concurren todos sus presupuestos habilitantes, máxime a la vista ya de algunos pronunciamientos judiciales que reconocen también el carácter indefinido del nombramiento temporal irregular y la posibilidad de indemnización cuando se produzca el cese. Y es que, efectivamente, a raíz de la jurisprudencia comunitaria también se están produciendo importantes novedades jurisprudenciales en esta materia que han llevado incluso a declarar como «indefinidos» a los funcionarios interinos que hubieran sufrido irregularidades en su nombramiento y a señalar indemnizaciones<sup>20</sup>.

En este caso se está aplicando directamente la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 14 de septiembre de 2016, especialmente de la sentencia que resuelve los asuntos acumulados **Martínez Andrés y Castrejana López , asunto C-184/15 (personal eventual) y C-197/15** (interino), respectivamente, aparte de otras dos de la misma fecha que abordan cuestiones sustancialmente análogas (asunto C-596/14 de Diego Porras y asunto C-16/15 Pérez López). En esta sentencia dijo el TJUE que *“la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar”*.

---

<sup>20</sup>Aplicando directamente esta jurisprudencia comunitaria y el principio de primacía del Derecho comunitario la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de la Coruña, de 30 de junio de 2017, número 107/2017, que ha reconocido a un funcionario interino también el derecho a indemnización de 20 días de salario por año trabajado de la misma manera que se le reconocería al interino laboral.

A raíz de este pronunciamiento se están dictando algunas sentencias que reconocen importantes efectos jurídicos a las irregularidades cometidas por la Administración. Así, por ejemplo, la STSJ de Galicia de 14 de junio de 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia núm. 320/2017, JUR 2017\189145, ha estimado el derecho de la funcionaria interina a reincorporarse a la Administración porque su nombramiento para la realización de programas de carácter temporal se había demostrado irregular por sobrepasar el plazo máximo previsto en el art. 10 del TREBEP y se había utilizado para cubrir necesidades permanentes y estructurales de la Administración. Por ello, entiende la sentencia que estamos ante una actuación fraudulenta de la Administración según jurisprudencia del TJUE, al utilizar abusivamente la figura del nombramiento interino, con encadenamientos sucesivos. A partir de ahí, concluye diciendo que “la consecuencia indeclinable de la apreciación del fraude en el encadenamiento de nombramientos sucesivos ha de ser el reintegro de la recurrente a la plaza de funcionaria interina de auxiliar administrativo, pero no puede mudarse el nombramiento por el de plaza vacante de la letra a) del artículo 10.1 del TREBEP porque no existe tal plaza vacante”<sup>21</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado la STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso 625/2013, que declara la condición como “indefinida no fija” de una empleada temporal del servicio público de salud nombrada en régimen de Derecho administrativo ante las irregularidades que se habían cometido con los múltiples nombramientos de que había sido objeto durante años. Se trata de una empleada que fue nombrada personal estatutario temporal en febrero de 2010, en la categoría de auxiliar administrativa, para prestar servicios temporales. A lo largo del tiempo se instrumentaron 13 prórrogas, con la genérica mención a “necesidades del servicio”, sin ninguna motivación específica. Fue cesada en octubre de 2012. La Sala tiene en cuenta directamente la jurisprudencia comunitaria y “teniendo en cuenta la cuestión prejudicial que sobre este tema se planteó y resolvió el TJUE, la solución al caso consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada que en el orden jurisdiccional social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos: anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija; por tanto, prolongada en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza”. La cuestión de la indemnización queda demorada hasta que se produzca el cese. Si éste llegara a producirse tras su reincorporación a la Administración, percibirá la indemnización señalada por el TJUE en caso de mantenerse las circunstancias legales actuales. Y todo ello porque fue nombrada sin atender a los límites objetivos que configuran el nombramiento de naturaleza temporal. Otras, sin embargo, han sido más prudentes y han aplicado la lógica del Derecho Administrativo<sup>22</sup>. Todo ello aboca forzosamente a una situación de gran inseguridad

<sup>21</sup> En cuanto a los efectos económicos, debido a que desde el 30 de mayo de 2016 hasta que se produzca el reintegro efectivo el recurrente no ha desempeñado el trabajo, conviene aclarar que tales efectos no pueden consistir en la totalidad de los emolumentos que tendría que percibir, pues, si bien la determinación ha de efectuarse en la fase de ejecución, han de tenerse en cuenta las sumas que haya podido obtener la señora Beatriz en este tiempo, desde el cese hasta la reincorporación.

<sup>22</sup> Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo, núm. 6 de Sevilla de 26 de septiembre de 2017, número 220/2017, que ha considerado que no existe fraude en el nombramiento de funcionarios interinos para la realización de programas de carácter temporal. La sentencia desestima la demanda formulada contra el Excmo. Ayuntamiento de Camas a fin de que fuese declarada indefinida no fija una funcionaria interina por programas de Servicios Sociales, en concreto, para un programa de reconocimiento de la situación de dependencia condicionado a los créditos distribuidos por los acuerdos anuales de financiación de la Junta de Andalucía. También la STSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de 21 de febrero de 2017, apelación nº 559/16, permite el encadenamiento de sucesivos contratos y nombramientos de interinidad para la ejecución de programas de carácter temporal y el cese ante el drástico recorte en la financiación de actuaciones por la crisis.

jurídica hasta que el legislador se pronuncie expresamente al respecto o se unifique esta doctrina.

## **V. LOS EFECTOS PRO FUTURO DE LA CLÁUSULA Y LOS PROCESOS DE “NORMALIZACIÓN” DE LAS IRREGULARIDADES COMETIDAS**

El mecanismo reparador que contiene esta disposición adicional, aunque tendrá vigencia indefinida, sólo surtirá efecto por futuro, a partir de “actuaciones” que se lleven a cabo tras la entrada en vigor de la LPGE de 2017. Esta cláusula puede plantear algunos problemas interpretativos dependiendo de la vía por la que se opte. ¿A qué tipo de actuaciones se refiere? ¿Hay que referirlas a la fecha o el momento en que el responsable comete la irregularidad, a la fecha en que se dicta la sentencia que convierte el contrato temporal en indefinido o a la fecha en que se produzca la extinción del contrato indefinido y surja para la Administración la obligación de indemnizar? Los escenarios que podemos encontrarnos son muy variados y las respuestas pueden ser distintas según se exijan responsabilidades disciplinarias o patrimoniales.

Es muy posible que durante los próximos meses e incluso años se dicten sentencias que declaren la conversión de los contratos en virtud de actuaciones –irregularidades cometidas en el pasado. Es posible también que, en virtud de los procesos de consolidación o estabilización que se van a llevar a cabo en los próximos tres años, estas conductas irregulares acaben no teniendo ninguna repercusión jurídica ni económica para la Administración, lo que de plano cerraría, por ejemplo, la vía de utilización del art. 36 de la Ley 40/2015.

Es claro, sin embargo, que si se trata de exigir responsabilidades disciplinarias la disposición no puede tener efectos retroactivos puesto que sólo se pueden imponer sanciones que estén vigentes en el momento de producirse los hechos constitutivos de infracción<sup>23</sup> y estos hechos -las actuaciones irregulares- sólo serían los que se realicen a partir del día 29 de junio de 2017, fecha en la que entró en vigor la LPGE. Aunque en rigor, y como después veremos, la Disposición adicional trigésima cuarta no tipifica ninguna sanción. Se remite directamente a las normas vigentes en cada Administración. En este sentido, puede decirse –si se me permite la expresión- que la LPGE pretende hacer “borrón y cuenta nueva” con esta cláusula, “indultar” posibles irregularidades cometidas en el pasado, no sólo por sus efectos pro futuro, sino también porque ello coincide, además, con los procesos de regularización que contiene (de estabilización y de consolidación de empleados temporales) para dar salida a las situaciones ya creadas. Con ello podrían quedar “camufladas” posibles actuaciones irregulares realizadas en el pasado.

En este sentido, efectivamente, la LPGE ha recogido las previsiones del Acuerdo para la mejora del empleo público de 29 de marzo de 2017 y ha previsto una tasa de reposición de efectivos del 100% para determinados sectores prioritarios y del 50% para los demás con la intención de canalizar las nuevas necesidades de personal y evitar así el recurso a los empleados temporales. Asimismo, excluye de la tasa de reposición de efectivos las plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna y las

---

<sup>23</sup> El art. 26 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, contiene el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras. Sólo serán aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. Producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición.

correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial. Se pretende -como escenario final- que la tasa de cobertura temporal en cada ámbito se sitúe por debajo del 8 por ciento del total de la plantilla.

Existe, pues, una clara voluntad de ir normalizando la situación generada especialmente en estos últimos años de crisis. Para ello, se acompañan estas previsiones de determinados procesos de consolidación y de estabilización del personal (apartado 6 del punto uno del art. 19 de la LPGE), a los que no nos referiremos por haber sido objeto de otra ponencia. En todo caso, no estaría de más recordar que, como ha señalado Cuenca Cervera, se trata de “una salida institucionalmente aprendida: el recurso periódico al «blanqueo» de colectivos laborales precarios, formalmente temporales pero materialmente estructurales, reclutados bajo fórmulas no siempre respetuosas con la igualdad de oportunidades<sup>24</sup>”.

En la medida en que vayan culminando todos estos procesos de consolidación y estabilización y algún otro candidato demuestre mayor mérito y capacidad que los contratados temporales que las ocupaban es posible que surjan conflictos y que se plantee una revisión de las situaciones particulares de los empleados “legal y reglamentariamente desplazados”. Aunque en estos procesos se hubieran producido irregularidades que concluyan finalmente con el pago de una indemnización por parte de la Administración, difícilmente podría exigirse responsabilidad disciplinaria pues, tal como se dice en el punto quinto de esta disposición, sólo se aplicará a “actuaciones” realizadas a partir del 29 de junio de 2017. Las normas sancionadoras no pueden aplicarse con carácter retroactivo. Distinta puede ser la solución, sin embargo, si se trata de exigir al funcionario causante la responsabilidad patrimonial del art. 36 de la Ley 40/2015, pues en este caso siempre podría argumentarse que esta posibilidad reparadora ya estaba prevista con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999.

## **VI. LAS POSIBLES “RESPONSABILIDADES” DEL TITULAR DEL ÓRGANO COMPETENTE EN MATERIA DE PERSONAL. DELIMITACIÓN DE SUPUESTOS.**

La Disposición adicional trigésimo y cuarta señalaría como responsable de la obligación de indemnizar, de devolver las cantidades pagadas por la Administración, a los “órganos competentes en materia de personal” en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental<sup>25</sup>. Estos son responsables del

---

<sup>24</sup>CUENCA CERVERA, Jose Javier, “La temporalidad en el empleo público local: estrategias para su reducción tras el Acuerdo para la mejora del empleo público”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12, 2017. Págs. 55.

<sup>25</sup>En el ámbito local, según lo dispuesto en las letras g) y h) del art. 21.1 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*, corresponde al Alcalde desempeñar la jefatura superior de todo el personal, aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el Presupuesto y la plantilla aprobados por el Pleno, acordar el nombramiento de los funcionarios y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno en la primera sesión que celebre. Esta atribución se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 99.1 y 3 de esta ley. Por el contrario, según la letra j) del art. 22, corresponde al Pleno la aprobación de la plantilla de personal y de la relación de puestos de trabajo. Para los municipios de gran población, la Junta de Gobierno local asume competencias para aprobar la relación de puestos de trabajo, las retribuciones del personal de acuerdo con el presupuesto aprobado por el Pleno, la oferta de empleo público, las bases de las convocatorias de selección y provisión de puestos de trabajo, el número y régimen del personal eventual, la separación del servicio de los funcionarios del Ayuntamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 99 de esta ley, el despido del personal laboral, el régimen disciplinario y las demás decisiones en materia de personal que no estén expresamente atribuidas a otro órgano (letra h) del art. 127).

cumplimiento de la legislación laboral y de velar para que se pueda cometer cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Sin embargo, no concreta a qué tipo de responsabilidad ha de someterse la autoridad o funcionario responsable de la irregularidad en la contratación laboral. Se remite, sin más, a la normativa que resulte aplicable en cada Administración Pública, lo que abre la posibilidad de que puedan concurrir distintos tipos de responsabilidades. Según disponen su punto tres, y cito textualmente: *“las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la **exigencia de responsabilidades** a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”*. A partir de ahí se presenta la duda: ¿a qué tipo de responsabilidades se refiere el legislador? En principio, dependiendo del tipo concreto de la irregularidad cometida y, sobre todo, de los efectos que produzca para la Administración, las vías de actuación pueden ser varias y, algunas de ellas, concurrentes entre sí.

Podría pensarse la responsabilidad penal del funcionario o de la autoridad competente en materia de contratación, en la responsabilidad disciplinaria, en su responsabilidad patrimonial, en una eventual responsabilidad contable o incluso en una responsabilidad por infracciones en el orden social, aunque en este caso la sanción sería para la Administración que actuaría como empleadora, sin perjuicio de que después pudiera repercutirla a su empleado o autoridad por vía de la acción directa del art. 36 de la Ley 40/2015.

La **responsabilidad contable**<sup>26</sup> es un tipo específico y autónomo de responsabilidad caracterizada por su carácter reparador (no sancionador), personal y patrimonial, en la que pueden incurrir quienes tienen a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos y tienen la obligación de rendir cuentas del uso que hacen de los fondos públicos. Este tipo de responsabilidad se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, esto es, de los que normalmente se denominan gestores de fondos públicos (art. 15 de la Ley Orgánica 2/1982). Su finalidad es reparadora, toda vez que comporta la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados en los caudales públicos por parte de la autoridad o funcionario declarado responsable.

La responsabilidad contable puede exigirse a través de dos vías. A través de un procedimiento ante el Tribunal de Cuentas, regulado por la *Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas* y la *Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas*<sup>27</sup>. Va a conocer siempre de las infracciones contables constitutivas del alcance (saldo deudor injustificado de una cuenta) y la malversación. O bien a través de un procedimiento administrativo regulado en la *Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria* y en el *Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el título VII de la Ley General Presupuestaria*, siempre que se trate de cualquier infracción

---

<sup>26</sup> Según el art. 38 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, el que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados. Es un tipo de responsabilidad muy intensa, toda vez que se transmite también a los causahabientes de los responsables por la aceptación expresa o tácita de la herencia, pero sólo en la cuantía a que ascienda el importe líquido de la misma.

<sup>27</sup> Seguimos en este punto el magnífico trabajo de FORTES GONZÁLEZ, Ana Isabel, *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2014, págs. 351 y ss.

contable distinta del alcance y la malversación (comprometer gastos y ordenar pagos sin crédito, administrar recursos sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro, hacer pagos indebidos, no justificar inversiones, etc.). No obstante, la autoridad que acuerde la incoación del expediente lo comunicará al Tribunal de Cuentas, que en cualquier momento puede reclamar el conocimiento del asunto.

El art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas ha establecido una definición bastante elaborada que permite concretar este tipo de responsabilidad. La jurisdicción contable conoce de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector.

Su ejercicio es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal<sup>28</sup>, aunque, cuando los hechos fueren constitutivos de delito, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos (art. 49.3 de la Ley 7/1988). Las dudas se pueden plantear a la hora de determinar si este tipo de responsabilidad es compatible también con la acción directa de responsabilidad patrimonial que prevé el art. 36 de la Ley 40/2015, a la que después me referiré, pues ambas persiguen la misma finalidad reparadora, conseguir que se devuelva a la Administración la cuantía indemnizatoria pagada como consecuencia de la irregularidad.

Pues bien, parece claro que las dos no pueden exigirse a la vez porque se superpondrían. Persiguen el mismo objetivo. La casuística que podemos encontrarnos en esta materia es muy variada y no puede descartarse la exigencia de este tipo de responsabilidad, especialmente si ha habido, por ejemplo, algún problema con la fiscalización previa del expediente por parte del interventor<sup>29</sup>. Ahora bien, a mi juicio parecería más recomendable y adecuado utilizar la vía general del art. 36 de la Ley 40/2015, toda vez que en este caso nos encontramos ante un supuesto específico causante del perjuicio económico como es la comisión de una irregularidad laboral, que tiene su propia regulación concreta en la Disposición adicional trigésima cuarta de la LPGE de 2017. El supuesto de hecho de la responsabilidad no es el incumplimiento de la normativa presupuestaria y contable, vinculada a la ordenación del gasto o del pago, sino de la vulneración de la normativa laboral cometida, además, por el órgano responsable en materia de personal.

---

<sup>28</sup> CAMPOS ACUÑA, Concepción, “Supuestos de responsabilidad de los empleados públicos. De los aspectos éticos al ámbito penal”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12, 2017, pág. 36.

<sup>29</sup> En el caso laboral que nos ocupa, la fórmula imperativa con que está redactado el art. 214 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, no deja dudas acerca de la necesidad inexcusable de someter un acto que supone la contracción de obligaciones económicas a la fiscalización previa de la Intervención, tal como sucederá con la contratación de personal o la modificación de las RPTs y de las plantillas para, en su caso, hacer efectiva la conversión judicial del contrato temporal en indefinido. Al respecto, habría que tener en cuenta y analizar con detalle el nuevo *Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local*.

La necesidad de esta acción viene determinada por el principio de legalidad presupuestaria y es éste el ámbito propio de la responsabilidad contable. Sin embargo, en este caso estamos hablando, no de legalidad presupuestaria, sino de legalidad laboral.

Como recuerda Fernández García, su objetivo no es otro que indemnizar a la Hacienda Pública afectada, caracterizándose porque se trata una jurisdicción rogada, dada la naturaleza pública de los fondos y la presencia del Ministerio Fiscal en estos procedimientos y por su naturaleza reparadora, que abarca el reintegro total del alcance producido<sup>30</sup>. Esta función reparadora, de devolución a la Administración de lo debidamente pagado en concepto de indemnización, se puede conseguir a través del procedimiento general de responsabilidad patrimonial dispuesto en el art. 36 de la Ley 40/2015.

Por otra parte, dentro de esta remisión genérica a las “responsabilidades” que establece la Disposición adicional que nos ocupa podría pensarse también en la vía indirecta de la **responsabilidad por infracciones en el orden social**, que se inicia con la apertura de un expediente por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, regulada en el *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)*<sup>31</sup>, que al fijar el ámbito de actuación se refiere genéricamente a los empresarios en el ámbito laboral y no excluye de modo expreso a las Administraciones Públicas. Su art. 7, efectivamente, tipifica como una infracción grave del “empresario” no formalizar por escrito el contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador (punto 1), así como la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo. A tenor de dicho precepto, la propia Administración, que actuaría como empresario en el orden laboral, podría ser objeto de la imposición de una sanción<sup>32</sup>.

La LISOS cuando define a los sujetos responsables no hace exclusiones, sino que menciona de forma genérica como sujeto de las posibles sanciones “al empresario en una relación laboral”. Cuando la Administración celebra un contrato temporal está actuando como tal. Tampoco la Ley 40/2015, que se aplicaría como norma supletoria de la LISOS, establece ninguna exclusión expresa de las Administraciones como posibles sujetos destinatarios de una sanción. Sí se establecen previsiones especiales en materia de sanciones en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. En este caso, su reglamento remite directamente a las especialidades de la ley cuando el sujeto infractor es una Administración. La principal especialidad consiste en la sustitución de las sanciones pecuniarias para las Administraciones incumplidoras por la imposición de medidas

---

<sup>30</sup>FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, “La responsabilidad contable: el reintegro por alcance”, *Revista de Administración Pública*, nº 192, 2013, págs. 340 y ss.

<sup>31</sup> Se desarrolla a través del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Al respecto, habría que tener en cuenta también la *Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, especialmente su art. 19.1.

<sup>32</sup>En este sentido, es preciso tener en cuenta que el art. 49 prevé la posibilidad de que no se inicie el procedimiento sancionador y que, en su lugar, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social advierta y aconseje al empresario, que en este caso sería una Administración pública, aunque esta posibilidad solo está prevista cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos para el trabajador.

correctoras. En consecuencia, en principio hemos de entender que la autoridad competente podría imponer la sanción tipificada que, una vez pagada, podría ser repercutida al funcionario o autoridad causante a través de la acción directa del art. 36 de la ley 40/2015 a la que nos referiremos en los siguientes epígrafes<sup>33</sup>.

## 1. LA RESPONSABILIDAD PENAL.

En principio, podría pensarse que la remisión a las “responsabilidades” podrían incluir también las **responsabilidades penales** por la comisión de alguno de los delitos que se contemplan en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, especialmente el de prevaricación, el de gestión interesada<sup>34</sup>, el de tráfico de influencias<sup>35</sup>, etc. Este tipo de responsabilidad no es sencillo dada su íntima interrelación con el régimen sancionador administrativo. Establecer los límites de la distinción con el régimen sancionador de carácter estrictamente administrativo y el régimen penal remite a un elemento de especial gravedad, que es el que permitirá situar la conducta en el campo de la punición delictiva. El Derecho Penal no debe emplearse para dirimir cuestiones que deben recibir oportuna respuesta en vía contencioso-administrativa o en vía social, sino únicamente para aquellos supuestos flagrantes de perversión de las normas aplicables y en los que los sujetos actúen con un manifiesto dolo.

Así lo ha reconocido, con buen criterio, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Nules (Provincia de Castellón) de 1 de junio de 2017, JUR 2017\148062, que archiva la querrela contra el tesorero del Ayuntamiento de Almenara por las irregularidades en la contratación de su hija en un plan de empleo por la ausencia de indicios de un posible delito de tráfico de influencias. La argumentación que en este pronunciamiento judicial se recoge es bastante clarificadora de cuál debe ser la filosofía que inspire este tipo de responsabilidades. No se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa o la Jurisdicción Social, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Dirá el Auto que *“no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última ratio. El Principio de Intervención Mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando*

<sup>33</sup> Un buen ejemplo de estas actuaciones puede verse en el *Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha n° 41/2012, de 14 de marzo, en el expediente relativo a la revisión de oficio de la resolución del Presidente de la Diputación Provincial de Toledo, por la que se ordena la conversión en contratos indefinidos de diversos contratos temporales suscritos con trabajadores de la Diputación*. En este caso es la propia Dirección Provincial de la Inspección de Trabajo de Toledo la que requiere expresamente a la Diputación para que proceda a la reconversión en indefinidos de los 105 contratos temporales irregulares que había detectado en la inspección bajo advertencia de una sanción.

<sup>34</sup> Este delito, tipificado en el artículo 439 del Código Penal forma parte de los denominados delitos de infracción del deber que sancionan el incumplimiento de los deberes de abstención e incompatibilidad por parte del funcionario, como exigencia del deber de imparcialidad que aparece como uno de los elementos definitorios de la actuación de la Administración en el artículo 103 de la Constitución Española. No obstante, la reciente STS 613/2016 de 8 de Julio (RJ 2016, 3170) matiza que el artículo 439 del Código Penal no es una norma penal en blanco que exija como presupuesto un taxativo y preciso deber de abstención establecido en la normativa funcionarial. La conducta prohibida es aprovecharse del cargo público desempeñado poniéndolo al servicio de intereses particulares personales.

<sup>35</sup> Según el artículo 428 del Código Penal, incurre en este delito el funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.

*sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito”.*

El delito de prevaricación, pues, no se caracteriza por castigar las actuaciones administrativas ilegales, ni siquiera aquellas que merezcan la calificación o fueran declaradas nulas de pleno derecho, sino los comportamientos que siendo ilegales o consistan en actos nulos resulten además y también arbitrarios. Tal arbitrariedad puede referirse, por ejemplo, a la omisión del procedimiento en cuanto la misma tenga por finalidad eludir los controles de legalidad inherente a la actividad administrativa (Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 7 de diciembre de 2012, Sección 5ª, núm. 444/2012).

La mera irregularidad en la contratación, la ilegalidad en la conducta del responsable de la contratación, resulta difícilmente encuadrable en un delito penal. La responsabilidad penal ha de reservarse sólo para los supuestos especialmente graves y dolosos. De concurrir este tipo de responsabilidad sería compatible con la responsabilidad patrimonial, toda vez que el art. 36.6 de la Ley 40/2015 establece que “lo dispuesto en los apartados anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes”. En todo caso, resultarían aplicables en este supuesto las normas del Código Penal y la responsabilidad civil derivada del delito se exigiría conforme a lo previsto en la legislación correspondiente (art. 37 de la Ley 40/2015).

De concurrir un supuesto de responsabilidad penal del empleado o autoridad responsable de la contratación, habría que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 121 del Código Penal, según el cual, en estos casos la Administración responde subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios, exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad indemnizatoria<sup>36</sup>. En todo caso, si se exige en el proceso penal la responsabilidad civil del empleado, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración como responsable civil subsidiario.

En principio, pues, ciertamente es difícil pensar que el funcionario o autoridad incurra en un delito penal por la comisión de alguna irregularidad en materia de contratación. Ahora bien, también cabe la posibilidad de que esta figura no constituya un caso aislado en la Administración o que constituya un caso especialmente doloso y arbitrario<sup>37</sup>. Tal como

---

<sup>36</sup> Según el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible y el artículo 1089 del Código Civil.

<sup>37</sup> Un buen ejemplo de ello lo muestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 7 de diciembre de 2012, Sección 5ª, núm. 444/2012. Condena al acusado por un delito de prevaricación, previsto en el art. 404

relata Castillo Blanco, tampoco hay que descartar que los responsables políticos o gestores “sin escrúpulos” utilicen espuriamente esta figura para conseguir por vía de los tribunales y a golpe de sentencia un “empleo público de conocidos y simpatizantes” sin superar los correspondientes procesos selectivos<sup>38</sup>. Si ello sucede y se demuestra esta especial intencionalidad, no es descartable que el responsable de la contratación pueda incurrir en un delito penal.

Sólo en estos casos más escandalosos, en los que se viera claramente una intencionalidad de buscar la relación indefinida, podría pensarse en la responsabilidad penal del responsable de personal. Uno de los delitos más conocidos que podría tener cierto encaje en este tipo de conductas podría ser el de la prevaricación, tipificado en el art. 404 del Código Penal para *“la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”*. Como apunta la STS de 7 de febrero de 2017, Sala de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 60/2017, el delito de prevaricación administrativa tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E ). Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas.

En el caso que nos ocupa, y al menos en principio, estamos en presencia de meras irregularidades en la contratación, por lo que podría ser desproporcionado intentar siquiera penalizar al funcionario. Además, requiere un componente de conocimiento y dolo (a sabiendas de su injusticia) que no suele concurrir en este tipo de irregularidades, que, en no pocas ocasiones, se producen por la necesidad de prestar un servicio público y realizar tareas administrativas, ante las limitaciones legales para incrementar la plantilla o ante la inactividad de los órganos competentes para crear nuevas plazas<sup>39</sup>.

---

del CP, en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales público de los arts. 432.1 y 74 del CP. En este caso, el Primer Teniente de Alcalde y Concejal de Hacienda, Personal y Planificación del Ayuntamiento de Valle Gran Rey (La Gomera), y con plena consciencia de su ilegalidad, firmó un contrato laboral con una familiar suya como monitora de ludoteca. El citado contrato se realizó sin observarse ninguna formalidad legal, a través de una asesoría externa para eludir la intervención del contrato y las nóminas.

<sup>38</sup>CASTILLO BLANCO, Federico, “Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público: a propósito de los contratos temporales en el sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 86, 1995. Cita el autor la Sentencia 385/1994, de 26 de julio de 1994, del Juzgado de lo Social nº 5 de Málaga, que, en relación con los más de cien contratos temporales irregulares celebrados por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía. En este caso, se había generalizado esta figura por la dejación, por parte de los gestores públicos, de su obligación de elegir los contratos laborales correctos para no dar lugar a este fenómeno. Incluso, ante la sospecha de que estas irregularidades pudieran haber sido buscadas conscientemente como una estratagema o plan preconcebido para la contratación de amiguetes, acordó poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal por si se hubiera producido un delito de prevaricación.

<sup>39</sup> Como ha declarado la STS de 28 de octubre de 2014, Sala de lo Penal, número 773/2015, RJ 2014, 5843, para apreciar el delito de prevaricación, sería necesario la concurrencia de todos estos requisitos: 1) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4) que ocasione un resultado

Algunas sentencias que declararon el carácter indefinido de los contratos temporales por irregularidades en la contratación hacían referencia a la posibilidad de depurar responsabilidades penales que, hasta donde a mí me alcanza, no han llegado a fructificar ni se han abierto procesos penales. No obstante, esta mera posibilidad dio lugar a que algunas Comunidades Autónomas, como la gallega, introdujeran expresamente en sus normas varias prevenciones para evitarlas y una atribución expresa de responsabilidad disciplinaria para los responsables, aunque luego no se llegaron a tipificar expresamente en ninguna falta grave o muy grave. En todo caso, el art. 37 de la Ley 40/2015 prevé que en estos casos la exigencia de responsabilidad penal no suspende los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

## 2. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

El primer y más inmediato tipo de responsabilidad que podría exigirse sería el de la responsabilidad disciplinaria del titular del órgano que en cada Administración sea el competente en materia de personal. Su exigencia, no obstante, no es sencilla. No será posible si no está prevista específicamente mediante una norma con rango de ley y sólo se podría exigir respecto de conductas irregulares cometidas después de la publicación de la LPGE. Asimismo, nos llevaría a distinguir dos regímenes jurídicos diferentes, el de los empleados públicos y el de los altos cargos.

Si el responsable, en virtud de las normas vigentes en cada ámbito, tuviera la consideración de alto cargo, resultarían aplicables las normas previstas en los artículos 25 y siguientes de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*<sup>40</sup>. No existe ningún tipo que haga referencia a las irregularidades en materia de contratación laboral. Indirectamente podría pensarse en la aplicación de algunos de los principios de buen gobierno, como el referido en el punto 7 del art. 26.2, que se refiere a la necesidad de que el alto cargo asuma la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente (art. 26.2.7) y, asimismo, se establece como un principio de actuación el ejercer los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público o el patrimonio de las Administraciones<sup>41</sup>.

---

materialmente injusto, y 5) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

<sup>40</sup> Según su art. 25, se aplica esta ley en el ámbito de la Administración General del Estado a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella y todos aquellos quienes tengan la consideración de alto cargo en aplicación de la normativa en materia de conflictos de intereses. También resulta aplicable a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales. Su aplicación a todos estos sujetos no afectará, en ningún caso, a la condición de cargo electo que pudieran ostentar

<sup>41</sup> En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por ejemplo, en el art. 55 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, sólo se hace referencia en el código de conducta de los altos cargos al principio de legalidad y, podríamos entender, legalidad laboral. Dice la letra a) de dicho precepto que los altos cargos deben actuar de acuerdo con los siguientes principios éticos y reglas de conducta: a) El respeto a la Constitución, el Estatuto de autonomía y el principio de legalidad. Sin embargo, al regular las infracciones y sanciones no se vuelve a hacer referencia en ninguna de las infracciones al “incumplimiento de la legalidad”. El cumplimiento de la legalidad laboral sería meramente un principio ético y de conducta cuyo incumplimiento no tendría ninguna consecuencia jurídica.

Sólo de una forma muy forzada podríamos acercarnos a algunos de los tipos de infracciones muy graves que dispone su art. 27, como la letra c), que se refiere a la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos, o la letra f), que supone el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas. No obstante, resultaría francamente complicado considerar que la comisión de una irregularidad en la contratación temporal pueda ser subsumida en el alguno de estos supuestos. Más aproximada podría resultar la falta leve prevista en el art. 29.3.b), que se refiere al “descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones y el incumplimiento de los principios de actuación del artículo 26.2.b) cuando ello no constituya infracción grave o muy grave o la conducta no se encuentre tipificada en otra norma”. La sanción, no obstante, es poco relevante: una amonestación (art. 30).

Algo similar ocurre con los empleados públicos, esto es, con cualquiera de las categorías de personal establecidas en el art. 8 del *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (TREBEP, en adelante). El art. 94 del TREBEP reconoce la potestad disciplinaria de la Administración, que le permite corregir disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones. Con ella se persigue que la Administración pueda mantener la disciplina interna de todos sus empleados, asegurándose de que cumplen con sus funciones.

Su ejercicio exige la previa tipificación de la conducta en falta leve, grave o muy grave dependiendo del grado en que se haya vulnerado la legalidad, la gravedad del daño causado al interés público (al patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos) y del descrédito para la imagen pública de la Administración que se cause<sup>42</sup>. El principio de legalidad y tipicidad que rige esta materia requiere la predeterminación normativa de las faltas y sanciones, a través de la ley o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos, sin que quepa la posibilidad de realizar una extensión analógica de las normas sancionadoras para imponer una sanción (STC 182/1990). En este supuesto, dado que la responsabilidad recae siempre sobre el titular del órgano administrativo competente en materia de personal, no sería posible la condición de personal laboral del responsable, por lo que forzosamente la conducta debería estar tipificada en una ley<sup>43</sup>.

Es decir, su aplicación requeriría que previamente el legislador, ya sea el estatal o el autonómico, hubiera tipificado como infracción muy grave, grave o leve, según corresponda, “*las actuaciones irregulares en materia de contratación temporal*” o “*el incumplimiento de la normativa sobre contratación laboral, especialmente de las normas que rigen la contratación laboral temporal*” y, asimismo, que hayan previsto expresamente

---

<sup>42</sup> Téngase en cuenta que la STS de 30 de marzo de 2017, recurso 3300/2015, ha permitido la vigencia de las faltas leves y graves previstas en los artículos 7 y 8 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero, haciendo una aplicación integradora de los arts. 94 apartado 3º, 95 apartados 3º y 4º, DD Única, apartado g) y DF 4ª, apartado 3º del EBEP, que mantienen en vigor el citado Reglamento hasta tanto se produzca el desarrollo legislativo en el ámbito de cada administración pública.

<sup>43</sup> Tienen la consideración de órgano administrativo, según lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 40/2015, las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.

la sanción aplicable a tales conductas. Sin esta previa determinación no sería posible la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

Aunque el análisis de esta posibilidad nos llevaría a estudiar con detenimiento las leyes de función pública aplicables en cada Comunidad Autónoma, si nos remitimos exclusivamente al ámbito de la legislación básica estatal, podemos concluir que no existe ningún tipo de infracción que encaje directamente con este tipo de conductas, con la realización de actuaciones irregulares en materia de contratación laboral. Tal vez el tipo más aproximado sería el regulado en la letra d) del art. 95.2 del TREBEP cuando se refiere a "*la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos*". Aunque la jurisprudencia ha considerado que este tipo se refiere a un acuerdo, decisión o acto administrativo, no obstante, la conducta del empleado tendría que ser "manifiestamente ilegal" y causar un "grave perjuicio". En este caso, no obstante, se trata de la comisión de meras "irregularidades" en la contratación y, por otra parte, dudo que la conversión de un contrato temporal en indefinido, que va a suponer la continuidad del empleado, realizando funciones y tareas dentro de la Administración, pueda ser considerada en estrictos términos jurídicos como un "grave perjuicio" para la Administración o para el resto de ciudadanos. En todo caso, sólo si hubiera una condena indemnizatoria por la extinción del contrato podría pensarse si el pago de una indemnización encaja en el concepto de "grave perjuicio" que exige esta infracción.

Algunas legislaciones autonómicas han tipificado algunas conductas similares pero referidas a otros ámbitos concretos de la normativa laboral o al incumplimiento de normas administrativas. Así, por ejemplo, podemos traer a colación el art. 134 de la *Ley 4/2011, de 10 de marzo, de empleo público de Castilla-La Mancha*, tipifica como faltas muy graves el incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, cuando se deriven graves riesgos o daños para el propio personal funcionario o terceras personas (letra p) o la infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la legislación sobre contratos del sector público, cuando medie, al menos, negligencia grave (letra q).

En un sentido similar, por ejemplo, la letra j) del art. 116 del *Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública*, rebaja un poco estas exigencias y se aproxima más al tipo adecuado de infracción al tipificar como una falta grave "La emisión de informes, la adopción de acuerdos o la realización de actuaciones manifiestamente ilegales, si causa perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituye falta muy grave". Sólo exige que se cause perjuicio, aunque no sea grave, pero ha de tratarse de una actuación "manifiestamente ilegal".

Otras normativas autonómicas más actuales ya han sido más previsoras en este sentido. Así, por ejemplo, podemos mencionar la *Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia*. Su art. 27, por ejemplo, prevé determinadas reglas generales que predeterminan la actuación de los órganos responsables de la contratación. En este sentido, sólo podrán realizarse este tipo de contrataciones cuando existan puestos vacantes que deban ocuparse de forma urgente e inaplazable; no puede recurrirse a las empresas de trabajo temporal; existe obligación de incluir los puestos vacantes cubiertos mediante empleados laborales temporales en la primera oferta de empleo público que se apruebe después de esa contratación y en los consiguientes concursos de traslados, salvo que se disponga su amortización. Según se indica en su apartado tercero, la Administración no puede convertir

en fija una relación laboral de carácter temporal. Si eso sucede, “incurrirán en responsabilidad en los términos previstos en esta ley las personas que con su actuación irregular den lugar a la conversión en fija de una relación laboral de carácter temporal”. El art. 28.4, vuelve a insistir en esta última idea al establecer nuevamente que “incurrirán en responsabilidad, en los términos previstos por la presente ley, las personas que con su actuación irregular den lugar a la conversión en indefinida de una relación laboral de carácter temporal o a la adquisición de la condición de empleado público por una persona que no la ostentara”. Aunque se insiste doblemente en la responsabilidad de la persona causante de estas situaciones, curiosamente no se ha tipificado expresamente ninguna infracción que recoja este tipo de conductas. Sólo en el art. 187, y realizando una importante labor interpretativa, podríamos encontrar acomodo a este tipo de conductas.

Efectivamente, la letra g) del art. 187.1 tipifica como una falta leve “cualquier otro incumplimiento de los deberes y obligaciones del personal funcionario, así como de los principios de actuación del art. 73, siempre que no haya de ser calificado como falta muy grave o grave”. Este último precepto, el art. 73.1, menciona una serie de principios que han de inspirar el código de conducta de los empleados y se refiere expresamente al principio de legalidad. Es decir, que interpretando esta secuencia de reenvíos entre estos preceptos podríamos llegar a la conclusión de que el incumplimiento del principio de legalidad “laboral” podría ser considerado como una falta leve del funcionario causante, en cuyo caso, podría ser sancionado, según lo dispuesto en su art. 190 con la suspensión firme de funciones durante un período inferior a 15 días o el apercibimiento escrito.

Una línea similar, aunque no tan explícita, se sigue en el art. 158 de la *Ley 13/2015, de 8 de abril de la Función Pública de Extremadura*. También en este caso se obliga a la Administración a incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes desempeñadas por personal laboral indefinido no fijo. La letra i) de su art. 154 tipifica como una falta leve “cualquier incumplimiento de los deberes y obligaciones del empleado público, así como de los principios de conducta, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave”. Aunque, a diferencia de lo que sucedía en el caso gallego, no se menciona expresamente el principio de legalidad como un principio básico enunciado en el código de conducta de los empleados públicos (art. 67), tal vez, forzando mucho la interpretación, podría llegar a considerarse que el incumplimiento de las normas laborales y las irregularidades cometidas en la contratación laboral suponen un desconocimiento de la obligación que tienen los empleados públicos de desempeñar con diligencias las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y del resto del ordenamiento jurídico<sup>44</sup>.

### **3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL PREVISTA EN EL ART. 36 DE LA LEY 40/2015 DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO**

En este trabajo pretendemos centrarnos fundamentalmente en las acciones que para la exigencia de responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración establece el art. 36 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector*

---

<sup>44</sup>También tipifica como falta grave (art. 153.f) la emisión de informes, la adopción de decisiones, resoluciones o acuerdos o la realización de actuaciones manifiestamente ilegales cuando no causen perjuicio grave a la Administración o a la ciudadanía. Aquí nuevamente habría que interpretar si las irregularidades en la contratación laboral que comportan la conversión del contrato temporal en indefinido pueden ser consideradas a estos efectos como una actuación “manifiestamente ilegal”.

*público*. Sin embargo, tampoco la subsunción de la nueva Disposición adicional trigésima cuarta de la LPGE en este precepto resulta fácil. Necesitaría realizar una importante labor interpretativa y de construcción jurídica, por lo que su aplicación exigiría una mayor concreción por parte del legislador.

También en el ámbito de la Administración local existen preceptos específicos para regular esta materia. Es fundamental el art. 78 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local*, que prevé la posibilidad de repercutir sobre los miembros de las corporaciones locales<sup>45</sup> y, con un alcance más general, referido a autoridades, miembros, funcionarios y dependientes, el art. 225 del *Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales*<sup>46</sup>. En ambas normas se sigue haciendo referencia a la antigua redacción de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, que preveía simplemente el ejercicio de estas acciones como una mera posibilidad de la Administración, como una potestad discrecional que la Administración podía o no ejercitar atendiendo a los criterios de ponderación que prevé el precepto<sup>47</sup>. Con la redacción que la *Ley 4/1999* dio a esta institución, corroborada por la nueva *Ley 40/2015*, ya no queda lugar a dudas. Su ejercicio no es una decisión discrecional de la Administración, sino que está obligada a iniciar un procedimiento cuando concurren los presupuestos previstos en el art. 36 de dicha *Ley*. Asimismo, la *Ley 30/1992* suprimió el derecho de opción a favor del sujeto dañado que reconocía la *Ley de Régimen Jurídico de 1957* y que les permitía dirigirse directamente a la Administración para exigir su responsabilidad o contra el funcionario o autoridad causante del daño.

Este tipo de responsabilidad es perfectamente compatible con la responsabilidad disciplinaria que, en su caso, pudiera concurrir. Por si quedara alguna duda al respecto<sup>48</sup>, el art. 94 del TREBEP es muy claro al respecto: “las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones”. Ello es lógico si tenemos en cuenta que ambas responden a una finalidad diferente. Con la disciplinaria se persigue corregir, “castigar” al funcionario que ha cometido una infracción, mientras que la responsabilidad patrimonial se persigue la indemnidad patrimonial de la

---

<sup>45</sup> Según dicho precepto, las Corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla. También el art. 60 del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local*, se pronuncia en el mismo sentido y de una forma más explícita, si cabe, al disponer que “las autoridades y funcionarios de cualquier orden que, por dolo o culpa o negligencia, adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones legales, estarán obligados a indemnizar a la Corporación Local los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquéllos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder”.

<sup>46</sup> Dispone este artículo que las entidades locales *podrán instruir expediente*, con audiencia del interesado, para declarar la responsabilidad civil de sus autoridades, miembros, funcionarios y dependientes que, por dolo, culpa o negligencia graves, hubieren causado daños y perjuicios a la Administración o a terceros, si éstos hubieran sido indemnizados por aquélla. El declarado responsable por la Administración podrá interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo

<sup>47</sup> DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, *InDret*, 2 de 2008, pág. 4.

<sup>48</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, “La responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las administraciones Públicas”, en la obra colectiva dirigida por Tomás Quintana López y Ana Belén Casares, titulada *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 625.

Administración, repercutiendo en el infractor material la cuantía indemnizatoria abonada por la Administración pagadora, buscando la eficacia de la administración y, en suma, la obtención de una justicia material y efectiva<sup>49</sup>. Esto es, su finalidad no es otra que la de recuperar el dinero pagado.

Este sistema de responsabilidad es consecuencia del modelo de responsabilidad directa que ha establecido nuestro legislador pues, con independencia del grado de intencionalidad y culpabilidad que haya tenido la autoridad o funcionario causante del daño o perjuicio, en este caso de la contratación irregular, será la propia Administración (y por tanto los ciudadanos contribuyentes) la que responda y pague, evitando posibles insolvencias del causante, lo que, tal como se ha señalado, podía ser notoriamente “insano<sup>50</sup>” y suponer una “absoluta impunidad” de los funcionarios y de los políticos<sup>51</sup>. Y ello a pesar de la normativa poco clara al respecto que encontramos en algunas Comunidades Autónomas<sup>52</sup>.

La generalidad de la doctrina se muestra muy crítica con la falta de utilización de esta institución, que algunos han llegado incluso a calificarla como una institución decorativa, como un “bonito florero<sup>53</sup>” que sólo sirve para acallar conciencias y para advertir que el Derecho dispone de un arsenal de instrumentos para exigir responsabilidades, lo que de por sí tendría un efecto disuasorio de eventuales comportamientos “dañinos” por parte de los empleados públicos. Se ha señalado también que, aunque esta institución es una mala solución, puede servir para estimular conductas diligentes del funcionario y para prevenir la producción de daños. “Si sobre el funcionario no pesa la amenaza de responder con su patrimonio por los daños causados imprudentemente, éste carecerá de los incentivos adecuados para actuar con el nivel óptimo de cuidado<sup>54</sup>”.

Como ha señalado Saura Fructuoso, la falta de ejercicio de este tipo de acción se ha intentado justificar en su *“coste político, las presiones y resistencias corporativas y sindicales, la concepción de responsabilidad compartida que subyace en la actuación pública, el desincentivo que supondría para la atracción de nuevo personal al empleo público, etc...; hasta la más simple y banal que se resume en la célebre frase “disparar con*

---

<sup>49</sup> SAURA FRUCTUOSO, Carlos, “La ignota acción de regreso de la Administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad”, Documentación Administrativa, *Documentación Administrativa* nº 2, enero-diciembre 2015, pág. 3.

<sup>50</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo II, p. 413, Civitas, Madrid, 2013.

<sup>51</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Thomson-Civitas, Madrid, 2015, págs. 667 y 670.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo, podemos traer a colación el art. 111 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, que al regular el resarcimiento de los daños a particulares dispone que “los particulares podrán exigir al personal a que se refiere la presente Ley, mediante el proceso declarativo correspondiente, el resarcimiento de los daños causados en sus personas o bienes, si se hubieran producido por culpa grave o ignorancia inexcusable”. Este procedimiento debe ser el de responsabilidad patrimonial regulado en los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015.

<sup>53</sup> Díez Sánchez, Juan José, “Las acciones de regreso contra autoridades y funcionarios públicos”, en la obra colectiva coordinada por Juan Antonio Moreno Martínez, titulada *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 215-216.

<sup>54</sup> DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Por qué la administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, *InDret*, nº 2, 2008, pág. 13.

*pólvara del rey*". Este autor también se muestra muy crítico con esta inactividad, toda vez que, no se trata de "meros deslices o errores" que pueden cometerse en el ejercicio corriente de actividades, sino de hechos graves, lo que supondría dejar impunes las conductas dolosas, o gravemente culposas o negligentes realizadas por los empleados públicos. Llega a calificarla como una "*mera acción cosmética, y en cierta medida grosera para la ciudadanía, por cuanto al haber eliminado la posibilidad del ejercicio de la acción de responsabilidad civil directa contra autoridades y personal al servicio de las administraciones Públicas, se blinda totalmente la impunidad de ciertos hechos y se consagra el perjuicio general para la Hacienda Pública*". Su inaplicación causa una "*sensación de impunidad pública, de desconfianza ciudadana, y de desapego y desdén hacia la administración; y, en definitiva, hacia las instituciones y <lo público> en general, lo que se traduce en una falta de legitimidad que, sencillamente, ya no podemos permitir en el mencionado contexto*"<sup>55</sup>.

A mi juicio, no obstante, no es que la Administración no haya intentado el ejercicio de este tipo de responsabilidad patrimonial, pues la ley le obliga a ello, sino que sus requisitos, como es lógico, son muy exigentes y requieren una especial intencionalidad de la autoridad o funcionario que normalmente no se suele dar en la práctica administrativa. Algunos ejemplos de ello iremos poniendo a lo largo de este trabajo. Fuera de los supuestos más escandalosos, que posiblemente requieran incluso un reproche penal, cuando el funcionario causa un daño o, en este caso, comete una irregularidad en la contratación administrativa, no lo hace normalmente con la intención de dañar a la Administración, de causarle un perjuicio económico. Pueden darse otros condicionantes en esta materia, porque no está en su mano la creación de un nuevo puesto de trabajo (que posiblemente corresponderá a otros órganos), porque las normas le impiden sacar a la oferta de empleo público una plaza que, sin embargo, es necesaria para atender las funciones y tareas de la Administración, etc. Y excepcionalmente, si es que realmente existe esta intencionalidad espuria, entonces habrá que plantearse posiblemente otro tipo de responsabilidades más graves.

En todo caso, tal como ha reconocido recientemente la STC 15/2016, de 1 de febrero, como consecuencia de la existencia de un sistema de responsabilidad directa y como complemento de ella, nuestro ordenamiento ha previsto, como cláusula de cierre, que la Administración pueda repercutir sobre el empleado público subjetivamente responsable la cantidad abonada por el funcionamiento de sus servicios públicos, mediante el ejercicio de la acción de regreso prevista en este precepto. Se trata, según el propio Tribunal, de una acción de ejercicio obligatorio por la Administración cuando se aprecie la concurrencia de un doble presupuesto:

- a) Que la acción u omisión del empleado público concernido se haya realizado con dolo, culpa o negligencia graves y,
- b) Que la Administración haya procedido al abono de la indemnización por el daño objetivo causado en razón de ella (acordada bien en una resolución administrativa no impugnada, bien en una sentencia judicial firme).

---

<sup>55</sup>SAURA FRUCTUOSO, Carlos, "La ignota acción de regreso de la Administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad", Documentación Administrativa, *Documentación Administrativa* nº 2, enero-diciembre 2015, págs. 7, 13 y 14. Concluirá diciendo que "desde el mencionado despido disciplinario hasta la especial fiscalización de los administradores empresariales en virtud de la legislación mercantil, simplemente no tiene justificación alguna la falta de ejercicio de la acción de regreso en el ámbito de la administración Pública".

El art. 36 de la Ley 39/2015 se refiere a dos supuestos diferentes, a dos posibilidades distintas de actuación de la Administración:

### **3.1. LA DUDOSA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE REGRESO**

Este tipo de responsabilidad sería una manifestación concreta en el ámbito administrativo de la acción de regreso establecida en el art. 1904 del Código Civil, según el cual “el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de estos lo que hubiere satisfecho”. Está vinculada a un previo procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración y deriva del carácter directo que tiene esta institución.

En este caso, conviene tener en cuenta que, para hacer efectiva dicha responsabilidad, los particulares dañados deben exigir directamente de la Administración Pública la indemnización por los daños y perjuicios causados por las autoridades o personal a su servicio. Su aplicación requiere forzosamente que el empleado haya causado un daño a un particular, una lesión en sus bienes o derechos y que, según el art. 32 de la Ley 40/2015, ese daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. En este caso, el sujeto “dañado” no sería un particular, sino la propia Administración. Es decir, esta acción de regreso requiere la previa tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial y que este concluya con la obligación de la Administración de resarcir el daño causado, esto es, con una obligación de pago. Solo cuando la Administración ha pagado está legitimada para exigir de oficio, en vía administrativa, la responsabilidad de la autoridad o empleado que hubiera incurrido en dolo, culpa o negligencia graves en la causación del daño.

A mi juicio, no obstante, las irregularidades en la contratación difícilmente podrían tener encaje en este supuesto, cuya aplicación exige la previa tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial. El supuesto que se recogería en la LPGE es distinto. No se vincula a un expediente de responsabilidad patrimonial, sino a una sentencia judicial, del Orden social, que declara indefinido a un empleado temporal. Por otra parte, la comisión de una irregularidad, que supone la mera conversión de un contrato temporal en indefinido, no puede ser considerada como un “daño” a efectos jurídicos. Implicaría meramente la continuidad en la prestación de servicios a la Administración. Ni siquiera es evaluable económicamente, salvo que vaya acompañada del pago al trabajador de algún tipo de indemnización (por despido improcedente, salarios de tramitación, etc.). En ese caso, el daño se causaría directamente a la Administración y no al particular. No cumple, en consecuencia, los caracteres que exige la legislación administrativa.

### **3.2. LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL FUNCIONARIO O AUTORIDAD**

Esta opción se tramita exactamente a través del mismo procedimiento. No obstante, cambia el supuesto de hecho. En este caso no se requiere la tramitación de un previo procedimiento de responsabilidad patrimonial. Basta con que las autoridades o personal al servicio de la Administración causen daños y perjuicios en sus bienes o derechos siempre, claro está, que hubieran incurrido también en dolo, culpa o negligencia graves. Este segundo supuesto está previsto, pues, cuando el daño no se causa a un tercero, sino a la propia Administración.

Como destacó tempranamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 7 de mayo de 1999, Sección Única, núm. 150/1999, afirmando la falta de competencia del

Orden Jurisdiccional Civil para conocer de estos procedimientos, el régimen jurídico del procedimiento para exigir responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas es el mismo, tanto si se trata de la acción de repetición, como sucede en el caso de autos, que hubiese abonado a terceros como cuando se trata del resarcimiento de los daños ocasionados a la misma entidad, si bien con la importante diferencia de que en primer caso ya se presupone un procedimiento en el que se habrá cuantificado la indemnización a que asciende el resarcimiento<sup>56</sup>. En este caso, no obstante, no se prevén expresamente criterios para la ponderación de la cuantía, por lo que habrá de entenderse que en este caso la Administración no tiene la potestad de poder reducirla atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

En este caso, la parte perjudicada por la actuación de su personal es la propia Administración y será ella misma la que puede acordar unilateralmente la indemnización que proceda mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad de oficio frente al presunto responsable. Esta opción es simplemente una manifestación del principio de la autotutela de la Administración, que le permite resarcirse del perjuicio sufrido dictando por sí misma el correspondiente acto administrativo<sup>57</sup>. Aun así, la subsunción de las irregularidades a las que se refiere la disposición adicional trigésima cuarta de la LPGE no está exenta de dificultades.

#### **A) EL DAÑO. ¿QUÉ TIPO DE IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN SON SUSCEPTIBLES DE CAUSAR UN “PERJUICIO” ECONÓMICO?**

Las actuaciones irregulares en materia de contratación laboral, especialmente las que supongan la conversión de un contrato temporal en indefinido, son las únicas que pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos competentes en materia de personal.

El ejercicio de esta acción directa requiere que la actuación del empleado cause “un daño o perjuicio” en los bienes o derechos de la Administración. El daño no solamente puede ser producto de que previamente la Administración haya tramitado un procedimiento de responsabilidad patrimonial, sino que también puede ser consecuencia de daños a bienes propios y, en este sentido, también puede ocurrir por indemnizaciones que la Administración haya tenido que abonar por haber sido condenada en cualquiera de las jurisdicciones civil, social, contencioso-administrativa o como responsable civil subsidiaria en la penal.

La pregunta que podemos hacernos es la siguiente: ¿la comisión de una mera irregularidad en materia laboral puede considerarse a estos efectos como un daño o un perjuicio para la Administración? Si convenimos que ello es así, ¿cómo lo cuantificamos? La previa cuantificación del daño es imprescindible para poder repercutirla después sobre el funcionario. A mi juicio, y haciendo una creativa labor interpretativa, la única manera que nos permitiría aplicar por analogía este supuesto a las irregularidades en la contratación

---

<sup>56</sup> En este caso se exigían responsabilidades al Alcalde, que había suscrito un contrato de arrendamiento sobre dos fincas rústicas de diez años de duración. Antes de que el contrato se extinguiera por el transcurso del plazo de duración, el alcalde, pese a que el ayuntamiento había acordado en pleno que se procediera a la forestación de las fincas arrendadas, excluyendo las fincas que estuvieran arrendadas, ordenó reforestar las fincas arrendadas sin consentimiento del arrendatario.

<sup>57</sup> FORTES GONZÁLEZ, Ana Isabel, *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2014, pág. 305.

laboral exigiría que la Administración hubiera tenido que pagar al contratado laboral, indemnizarle como consecuencia de la irregularidad. Sólo en estos casos podríamos considerar en rigor que la “indemnización” ha supuesto un “perjuicio” económico para la Administración susceptible de ser repercutido contra el funcionario causante.

Un supuesto similar, en el ámbito laboral, se analiza en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de julio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia núm. 942/2005. En ella se analiza la aplicación de esta acción a un despido improcedente que había supuesto el pago al empleado (arquitecto de un Ayuntamiento) de una indemnización por despido y salarios de tramitación. En este caso es la “indemnización” pagada al trabajador lo que, a efectos de este tipo de responsabilidad patrimonial, equivale a los “daños y perjuicios” exigidos por este precepto.

Su aplicación requiere, pues, que la actuación irregular sea “cuantificable” desde el punto de vista económico. Esta exigencia de los daños evaluables económicamente resulta difícilmente trasladable a la Disposición adicional trigésima y cuarta de la LPGE. En este caso, podríamos interpretar que la conversión del contrato temporal en indefinido y la indemnización que, en su caso, acarree, supone un perjuicio económico para la Administración, toda vez que deberá indemnizar al empleado laboral irregularmente contratado o despedido, pues la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, tal como antes hemos analizado, va a suponer siempre el pago al empleado indefinido de una indemnización de 20 días por año trabajado. Es únicamente esta cuantía la que, al en principio, podría tener encaje en esta Disposición y ser considerada como un perjuicio en el patrimonio económico de la Administración que ésta ha tenido que soportar como consecuencia de la irregularidad.

Otro ejemplo podemos encontrarlo en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Melilla (Comunidad Autónoma de Andalucía) de 23 de febrero de 2010, núm. 99/2010, JUR 2010\124135, que ha conocido sobre la legalidad del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla (CAM) en el que se ejercitaba la acción de regreso contra el anterior Consejero de Medio Ambiente. Con ella se pretendía recuperar parte de los gastos que tuvo que abonar el Consejo por las indemnizaciones que se pagaron ante determinadas irregularidades en la contratación laboral y que supusieron el pago de 111.417,93 €. La acción se ejercita, pues, como consecuencia del daño económico producido a la CAM, derivado de las indemnizaciones y gastos abonados como consecuencia de las diversas condenas de despido improcedente realizadas por el Juzgado de lo Social de Melilla, una vez finalizados los contratos que las Cooperativas tenían con la CAM<sup>58</sup>. La Sala concluye que hubo daño para la Hacienda Pública de la Ciudad Autónoma por la contratación irregular de dichas Cooperativas, que ocasionó un gasto en las indemnizaciones de despido y demás cotizaciones que tuvo que abonar. Consideró que existía una clara relación de causalidad entre la actuación del actor (Consejero de Medio Ambiente) y el dispendio que en indemnizaciones y cotizaciones a la Seguridad Social tuvo que hacer la Hacienda de la Ciudad Autónoma, con el consiguiente daño para el erario público. En este caso, no obstante, no llega a fructificar esta acción y es anulada por la sentencia mencionada porque este tipo de responsabilidad exige una

---

<sup>58</sup> El Consejero de Medio Ambiente declaró que el motivo de contratar con las Cooperativas fue el de “crear puestos de trabajo”. Sin embargo, la sentencia nº 237/2001 del Juzgado de lo Social de Melilla dio como probado que con las Cooperativas se encubría una real prestación de servicios para la Ciudad Autónoma, encubriendo una cesión de trabajadores, cesión que por este motivo se reputa de ilegal. A partir de ahí declaró los despidos improcedentes y ordenó a la CAM bien la readmisión o bien la indemnización, optando la Administración por esta segunda opción.

especial culpabilidad de la autoridad o personal causante del daño. En este caso no se perseguía dañar a la Administración, sino hacer que disminuyera el paro en Melilla.

## B) EL REQUISITO DEL DOLO, CULPA O NEGLIGENCIA GRAVE

Salvado este primer escollo relativo a la cuantificación del daño en la conducta irregular, es preciso que la persona titular del órgano responsable en materia de personal, esto es, la autoridad o funcionario público, haya incurrido **en dolo o en culpa o negligencia graves** al cometer la irregularidad laboral, pues así lo exige el art. 36.3 de la Ley 40/2015. Se requiere un especial componente de intencionalidad en el responsable, sin el cual es imposible repercutir la cuantía pagada<sup>59</sup>. El hecho de que ello sea así tiene su explicación lógica pues, en caso contrario, los funcionarios públicos estarían comprometiendo directamente su patrimonio con el cumplimiento de sus funciones y podrían caer en la tentación de actuar intentando siempre minimizar su eventual responsabilidad, aunque ello no fuera siempre lo más conveniente para el interés público.

No hay determinación clara en la regulación legal en cuanto al cauce a través del cual apreciar la posible concurrencia del dolo, culpa o negligencia graves. Ante tal silencio, no cabe descartar que la Administración pudiera querer sostener su existencia en lo que pudo razonarse o probarse en el proceso de responsabilidad objetiva o, en el caso que nos ocupa, en el proceso social para la conversión del contrato temporal en indefinido. No obstante, de ser así, no tendrían dichos hechos el valor de cosa juzgada porque, en los casos de responsabilidad patrimonial, el proceso no habría analizado la responsabilidad subjetiva del causante del daño (STC 15/2016 de 1 de febrero).

La existencia de esta especial intencionalidad que requiere el ejercicio de esta acción no se presume automáticamente por la existencia de una irregularidad laboral, sino que deberá oportunamente justificarse y motivarse en la correspondiente tramitación del expediente administrativo. Así, en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Melilla (Comunidad Autónoma de Andalucía) de 23 de febrero de 2010, núm. 99/2010, JUR 2010\124135, se ha dicho que “... *parte pues la Administración, indebidamente, de que como la contratación fue irregular ya existe dolo o culpa grave, como si se tratara de una verdad apodíctica. Pero esto no es así, sino que quien alega que existe debe motivarlo y basarse en hechos*”. Es decir, **la mera comisión de una irregularidad en la contratación no supone que el responsable ha actuado con dolo, culpa o negligencia grave**. Estas especiales notas de intencionalidad o culpabilidad no se presumen, sino que habrán de acreditarse y justificarse convenientemente en el expediente administrativo en virtud de lo previsto en el art. 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, que exige la motivación para las propuestas de resolución de los procedimientos sancionadores y los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración. En dicha sentencia, queda acreditado el daño por la indemnización de los despidos y pago de cuotas sociales, pero no esta intencionalidad, toda vez que el objetivo que perseguía el responsable (Consejero de Medio Ambiente) no era otro que crear empleo y disminuir el paro en la localidad. Además, aclara la sentencia que no resulta evidente la culpabilidad exigida por cuanto el actor en el momento de los hechos era un Consejero, un cargo electo, no un funcionario al que se le

---

<sup>59</sup> Ello a pesar de que en el ámbito local los distintos preceptos aplicables, que son de los años ochenta, se refieren sólo al “dolo o culpa grave” (art. 78 de la Ley 7/1984) o al “dolo o culpa o negligencia” en el art. 60 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Habrá que entender que la exigencia de esta especial intencionalidad es la referida en el art. 36.3 de la ley 40/2015, por ser normativa básica estatal posterior.

exige un conocimiento de las leyes, y no consta que de los muchos controles que un expediente administrativo pasa en una Administración Local ningún funcionario advirtiera de la ilegalidad de la actuación<sup>60</sup>.

Aunque es muy escasa la jurisprudencia que existe sobre esta materia, un buen ejemplo de ello podemos encontrarlo en la STSJ de Aragón de 8 de octubre de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3, sentencia núm. 604/2013. En ella, el Alcalde intentó repercutir sobre el Director de una obra y su arquitecto los daños que había causado a un particular como consecuencia de la realización de una obra y de la energía empleada por el martillo rompedor en la apertura de una zanja en una nueva red de alcantarillado. Todo ello con base en un argumento muy lógico. La responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido configurada como responsabilidad cuasi objetiva, con las debidas matizaciones señaladas por la jurisprudencia, por lo que tiene unas notas que la distinguen con claridad de las indicadas en el art. 36 de la Ley 40/2015 para el personal a su servicio, pues para éste se exige la presencia de dolo o culpa o negligencia grave. Por ello, no puede ser suficiente que se derive la responsabilidad del personal al servicio de la Administración de la que en el procedimiento seguido contra ésta haya podido ser considerada suficiente para su declaración en la producción de daños a terceros pues los requisitos de cada una de las acciones, como se ha dicho, son bien distintos<sup>61</sup>. La sentencia recurrida atiende exclusivamente, para confirmar la declaración de responsabilidad del arquitecto autor del proyecto y director de la obra, a lo declarado en la sentencia que declaró la responsabilidad patrimonial, que sitúa el origen de los daños en la actuación municipal y en las obras de urbanización, sin discriminar entre las actuaciones del arquitecto y del contratista ni señalar la concreta actuación del primero más allá de su genérica posición de autor del proyecto y director de la obra. Ello es bien distinto de una actuación dolosa o gravemente culpable, que es la que hubiera debido ser acreditada en la resolución del Ayuntamiento.

En un sentido similar se ha pronunciado también la STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de julio de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia núm. 942/2005. En ella se analiza el caso de un Concejal que solicitó a la Corporación la incoación del oportuno expediente de responsabilidad patrimonial contra el Alcalde y otros dos Concejales, por los perjuicios ocasionados a consecuencia del despido improcedente de un arquitecto de dicho Ayuntamiento. El despido fue declarado improcedente y el Ayuntamiento optó por la no readmisión de dicho trabajador, por lo que tuvo que abonarle la suma de 11.593.324 de pesetas en concepto de indemnización y salarios de tramitación. La sentencia desestima la pretensión del Concejal por falta de intencionalidad, toda vez que el Alcalde se había limitado a ejercer la potestad de readmitir o no al trabajador prevista en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, con las distintas consecuencias económicas que de ello derivan. Al conceder el ordenamiento jurídico la potestad legítima

---

<sup>60</sup>En este caso, sólo se le podría reprochar al Consejero negligencia por no haber solicitado informe previo a la contratación de servicios con las Cooperativas, algo a lo que como gestor político estaría obligado según dicha sentencia. Ahora bien, el hecho de que ningún funcionario le advirtiera de tal cuestión, ni de la ilegalidad de ello impediría presumir la existencia de culpa o negligencia grave, requisito para que pueda ejercitarse la acción de regreso.

<sup>61</sup>La fuerza del martillo provocó el derrumbamiento del muro de contención del talud, produciéndose filtraciones de agua desde la red de alcantarillado que afectaron a la capacidad portante de las rocas sobre las que se apoyan los muros de la vivienda de un particular, que fueron indemnizados con el abono de 242.564,32 euros. La sentencia acaba estimando la pretensión del director de la obra contra el que quería repercutir el Alcalde.

de decidir sobre una u otra posibilidad “no puede concluirse que optar por la no readmisión del empleado despedido evidencie un dolo específico, pese a que la decisión se enfrente a las defendidas por otros grupos políticos municipales; en cualquier caso, no son sólo los aspectos económicos de la decisión de prescindir de un determinado trabajador, los únicos que deben ser objeto de valoración, y la decisión de no readmitir no consta que constituyera una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, para permitir calificar la conducta de quien la adoptó como adoptada con dolo o culpa grave”.

Dado que no existe una definición legal del **dolo** en las normas administrativas, habrá que acudir a la construcción que se ha hecho desde el Derecho Civil (art. 1267), que lo ha identificado con la mala fe. Pero es el Derecho Penal el que tiene una construcción más acabada del mismo, exigiendo para que este se dé la presencia del elemento volitivo y el intelectual. El elemento intelectual hace referencia a que el sujeto, la autoridad o personal responsable posea un conocimiento cabal de la ilegalidad. El elemento volitivo apunta a la necesidad de buscar conscientemente y querer tal ilegalidad. En cambio, **la culpa** exigida para que pueda ejercitarse la acción de regreso ha de ser grave, en ella el actor conoce que puede darse la situación de ilegalidad, pero cree que de esta no se producirá ningún daño para la Administración. Se trata en el precepto legal de culpa grave de una culpa consciente, no de una simple imprudencia o culpa leve. Todos estos extremos han de quedar acreditados suficientemente en el correspondiente expediente de responsabilidad. Sin contar con requerimientos o informes técnicos previos sobre la legalidad de la contratación resultará muy difícil acreditar este extremo.

### **C) EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA AUTORIDAD O PERSONAL RESPONSABLE**

A diferencia de lo que ocurría con la redacción inicial de la Ley 30/1992, y que se mantiene en la normativa local y en algunas normativas autonómicas que habrá que entender desplazadas por la nueva Ley 40/2015, no existe margen de decisión alguno a la hora de decidir si se inicia o no este procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial del funcionario causante. Ya el anterior art. 145.2 de la Ley 30/1992, desde su reforma realizada por la Ley 4/1999, convirtió la exigencia de la acción de regreso en imperativa cambiando el término "podrá" por el de "exigirá de oficio".

En consecuencia, la Administración debe iniciar de oficio un procedimiento administrativo una vez que la Administración haya efectuado el pago<sup>62</sup>. La redacción del precepto es muy clara: “*la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad ...*” y, asimismo, “*la Administración instruirá igual procedimiento a las*

---

<sup>62</sup>Algunos autores han interpretado que en el ámbito local también los ciudadanos estarían legitimados para solicitar el inicio del procedimiento, toda vez el art. 68 de la Ley 7/1985, al obligar a la Administración local a ejercer las acciones que sean necesarias para la defensa de sus bienes y derechos, posibilita que cualquier vecino pueda requerir su ejercicio a la Entidad interesada. Este requerimiento, suspendería el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles. Si en el plazo de esos treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la entidad local. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido. A mi juicio, no obstante, este tipo de acciones está pensando sobre todo en los bienes y en el ejercicio de las prerrogativas previstas en el art. 82 de dicha Ley para recuperar por sí mismas su posesión en cualquier momento cuando se trate de los de dominio público y, en el plazo de un año, los patrimoniales y para ejercitar la acción de deslinde.

*autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves”.*

En la acción de regreso el procedimiento permite que se ponderen para fijar la cuantía el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso. Para la acción directa que, a mi juicio, sería la que correspondería para la efectividad de la Disposición adicional trigésima y cuarta, no se prevé la posibilidad de ponderar la cuantía exigible a la autoridad o funcionario. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con la acción de regreso prevista en el art. 36.2 de la Ley 40/2015, la Administración no tiene margen para reducir o determinar la cuantía de la responsabilidad, de lo que ha de responder el causante de la irregularidad laboral. Si utilizamos las palabras de Parada Vázquez, podríamos decir que, en este caso, a diferencia de lo que ocurre con la acción de regreso, no se aceptan posibles “perdones y rebajas de la indemnización que la Administración pudo haber pagado”.

La acción exige que se haya producido un daño, bien que afecte a terceros causado por un agente público autoridad o personal a su servicio (acción de regreso propiamente dicha), o bien que sea un daño a los bienes públicos; que la Administración haya indemnizado a los terceros o si es un daño propio que haya corrido con la reparación; y que exista dolo, culpa o negligencia grave en el actuar del sujeto responsable. Debe existir una relación de causalidad entre el comportamiento del titular del órgano competente en materia de personal y el daño, esto es, la cantidad indemnizatoria que la Administración haya tenido que pagar al empleado indefinido (en concepto de despido, salarios de tramitación, et.). A este respecto debe señalarse, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, que, quien es causa de la causa es causa del mal causado. La aplicación de este tipo de responsabilidad requeriría, no obstante, un análisis más detallado de todos los responsables que hayan podido influir en la comisión de una irregularidad, pues no podemos olvidar la responsabilidad o la influencia que hayan podido tener en la causación de la irregularidad administrativa otros órganos. Pensemos, por ejemplo, en una decisión del pleno de remunicipalización de servicios y que provoque actuaciones irregulares (art. 22.2.f) de la Ley 7/1985); pensemos, por ejemplo, en la no aprobación de una nueva plantilla o de una Relación de Puestos de Trabajo (art. 22.2.i) de la Ley 7/1985) necesaria para cubrir necesidades estructurales de personal que están siendo desempeñadas a través de contratos temporales o pensemos, por ejemplo, en cómo influyen las limitaciones en la tasa de reposición de efectivos o la falta de convocatoria de plazas ofertadas.

Debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la acción de regreso no pertenece al ámbito de las potestades sancionadoras por lo que no se exige la separación que se da entre la fase instructora y la decisora. Aun así, el art. 36 establece algunas pautas básicas para todas las Administraciones Públicas. El procedimiento se articula al menos, en las siguientes fases. Habrá alguna fase de alegaciones previas durante un plazo de 15 días; se practicarán las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días; una fase de audiencia durante 10 días; habrá una propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia y resolución por el órgano competente en el plazo de 5 días. Dicha resolución pondrá fin a la vía administrativa y, en consecuencia, admite recurso potestativo de resolución o impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Este procedimiento es completamente independiente del proceso judicial que haya condenado a la Administración al pago.

Respecto del órgano competente para exigir este tipo de responsabilidad, el art. 36 no dice, obviamente, nada al respecto por exceder de lo que sería legislación básica. Habrá que remitirse a las normas organizativas internas de cada Administración. En el ámbito local, podría pensarse, siguiendo por ejemplo a Gonzalez Pérez, que el órgano competente será el Pleno de la Entidad Local cuando se trate de exigir la responsabilidad a un miembro electo de la Corporación<sup>63</sup>. Si, por el contrario, se exige a un funcionario, el competente será el Alcalde o Presidente del Ente Local, que, a su vez puede delegar la competencia. Ello por cuanto el Pleno tiene encomendado el control y la fiscalización de los órganos de gobierno (art. 22.2.a Ley 7/1985) y la exigencia de responsabilidad a un miembro electo es una forma de fiscalizar sus responsabilidades. Mientras que en el caso de un funcionario la competencia es del Alcalde, como jefe de todo el personal de la Entidad y por sus competencias residuales (art. 21.1.g de la Ley 7/1985). Como se expresa en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Melilla (Comunidad Autónoma de Andalucía) de 23 de febrero de 2010, núm. 99/2010, *“piénsese que tal acción de regreso podría exigirse al propio Presidente, siendo absurdo que el propio órgano de gobierno nombrado por él pudiera exigirle responsabilidad por daños”*.

Una cuestión importante que se puede plantear en este ámbito es la determinación de la posición jurídica del responsable. ¿Puede incorporarse al procedimiento judicial social que va convertir el contrato temporal en indefinido para intentar influir en él o incluso defenderse? A tenor de la respuesta dada por la STC 15/2016 de 1 de febrero, Sala Segunda, habrá que entender que ello no es posible.

En esta sentencia, efectivamente, se analiza un supuesto de responsabilidad patrimonial contra el Jefe de la Policía Local del Ayuntamiento de Canet de Mar, pues había quedado acreditada la situación de acoso laboral a la que había sometido a uno de sus policías locales<sup>64</sup>. El Ayuntamiento fue condenado a pagar en concepto de responsabilidad la cantidad de 323.088,58 por el funcionamiento anormal del servicio público. Posteriormente el jefe de la policía, cuando tuvo conocimiento extrajudicial de la sentencia de condena por responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento y su intención, no sólo de no recurrir la sentencia, sino también de depurar responsabilidades mediante el ejercicio de la acción de regreso, intento incorporarse en el procedimiento principal para poder apelar la sentencia. La Sala entendió que carecía de legitimación activa por no haber sido parte en la primera instancia, donde lo que se discutía era una determinada actividad administrativa imputable al Ayuntamiento, por lo que acabó interponiendo un recurso de amparo por presunta violación del art. 24 de la Constitución, por no haber sido emplazado en el proceso. La sentencia aclara la existencia de dos procedimientos diferentes.

El TC deniega el amparo solicitado al considerar que el jefe de la policía carecía de legitimación pasiva para ser parte en el proceso de responsabilidad patrimonial promovido contra la Administración por ausencia de un interés legítimo. Y ello porque, lo que se

---

<sup>63</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Francisco, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid 2001.

<sup>64</sup> Al policía se le había abierto un expediente disciplinario concluyó con un decreto de alcaldía por el que se le impusieron tres sanciones por la comisión de tres faltas graves que fueron anuladas judicialmente y en estas sentencias se dejaba constancia de la falta de imparcialidad y objetividad del instructor. El policía acabó formulando una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento por las secuelas psíquicas padecidas como consecuencia del hostigamiento laboral a que fue sometido durante años por el demandante de amparo y por el subjefe de la Policía Local, con el beneplácito del Alcalde. Obtuvo una indemnización de 323.088,58 € que después el Ayuntamiento quiso repetir contra el Jefe de Policía.

depura en un proceso de responsabilidad patrimonial, entablado por el perjudicado contra la Administración, no es la eventual responsabilidad del empleado público que haya participado o contribuido a la producción del daño, sino la responsabilidad objetiva de la Administración por cualquier funcionamiento normal o anormal del servicio público. Precisamente como consecuencia de la voluntad del legislador de clarificar lo concerniente al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración y su control jurisdiccional, con la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (y su posterior modificación en el año 1999) se optó por un régimen centralizado en el que las reclamaciones de indemnización contra la Administración, por los daños y perjuicios causados por su personal, han de dirigirse directamente, y en todo caso, contra aquélla, suprimiéndose la posibilidad de promover la acción contra el empleado público causante del daño (excepto en los casos de una eventual responsabilidad por vía penal).

Para la exigencia de esta responsabilidad no se hace mención a la identificación del empleado público que haya podido causar el daño que genera la responsabilidad administrativa, ni condiciona la apreciación de ésta a la verificación de la negligencia, culpa o dolo de aquél, perspectiva cuyo examen ni siquiera exige, bastando la acreditación del perjuicio y del nexo entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, que habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, según señala la disposición normativa.

La regulación de la acción de responsabilidad contra la Administración diseñada por el legislador, en definitiva, implica que el derecho o interés legítimo afectado es el de la persona perjudicada que ejercita la acción para ver reparado el daño objetivo sufrido, siendo la Administración la que actuará en calidad de demandada, sin juzgarse una responsabilidad añadida, distinta y de carácter subjetivo del personal al servicio de la Administración pública que haya intervenido por acción u omisión en la situación controvertida. Se derivan del régimen legal de la responsabilidad dos momentos diferentes, que dan lugar a la configuración jurídica de dos acciones diferentes, con objetos distintos, aunque secuenciales y encadenadas: la reclamación del perjudicado, primero (garantizando que, de apreciarse un nexo causal entre perjuicio y funcionamiento del servicio público, pueda ser reparado de forma íntegra e inmediata por el daño objetivo que se le haya ocasionado) y la eventual acción de regreso contra el empleado público, después, si se dan los presupuestos establecidos en la norma (responsabilidad subjetiva por dolo, culpa o negligencia graves, de haberse reparado económicamente el daño objetivo derivado del funcionamiento de los servicios públicos).

De ello deriva que no es condición de la segunda acción, o de regreso, que la acción u omisión dañosa, el dolo, culpa o negligencia graves, potencialmente imputables a un concreto empleado público, fueran objeto de enjuiciamiento, ni de declaración probatoria como causante del perjuicio, en el primer proceso de responsabilidad objetiva de la Administración. Ello va a tener una importante consecuencia práctica, la falta de efecto positivo de cosa juzgada material en los procedimientos ulteriores que enjuicien la responsabilidad subjetiva de los empleados públicos.

Es decir, para determinar la intencionalidad de la autoridad o funcionario se puede partir de los hechos analizados u probados en el proceso de responsabilidad objetiva, aunque en este caso no se puede pretender que tengan efectos de cosa juzgada material. De acuerdo con esa conclusión, no causaron indefensión las resoluciones impugnadas que apreciaron la falta de legitimación del demandante de amparo para ser parte en el proceso de

responsabilidad objetiva de la Administración por ausencia de interés legítimo, toda vez que la declaración de responsabilidad de la Administración no comporta, automáticamente, beneficio o perjuicio alguno en su esfera jurídica. Será en un momento posterior, en el del ejercicio de la acción de regreso (iniciada en este caso según consta en la documentación aportada en la demanda de amparo) o en el de la eventual incoación de un expediente sancionador, donde el demandante podrá formular alegaciones, proponer y practicar la prueba admitida y, en su caso, recurrir en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa la resolución definitiva y firme que se dicte, manteniéndose así indemnes sus posibilidades de defensa.

Por lo que respecta al plazo para el ejercicio de la acción, como la ley no dice nada parece razonable aplicar el plazo general para el ejercicio de la acción de responsabilidad de un año al que se refiere el legislador. El problema se plantea a la hora de determinar el *dies a quo*, esto es, el momento concreto a partir del cual puede exigirse la acción y comienza a computar el plazo para el ejercicio de la acción. Puede computarse desde que se dicta la sentencia social que declara la obligación de la Administración de indemnizar, de pagar a su empleado público por despido improcedente, o desde el momento en que se efectúe realmente el pago, teniendo en cuenta que la prescripción debe ser probada por quien la alega, de acuerdo con el artículo 1214 del Código Civil, pues supone la extinción de la obligación resarcitoria. Esta última posibilidad parece la más razonable. No obstante, por razones de seguridad jurídica este extremo debería ser aclarado por el propio legislador básico.

## **VII. ¿QUÉ PUEDE HACER LA ADMINISTRACIÓN PARA EVITAR LA EXIGENCIA DE ESTE TIPO DE RESPONSABILIDADES? A MODO DE CONCLUSIÓN**

Aunque la exigencia de este tipo de responsabilidades resulta muy difícil de llevar a la práctica, constituyen una importante espada de Damocles que pesa sobre la cabeza del funcionario o autoridad responsable de la contratación laboral, introduciendo un importante elemento de tensión y preocupación que puede condicionar y comprometer su actividad.

Ello resulta especialmente grave ante el panorama de inseguridad jurídica que existe en la actualidad en materia de indemnizaciones por la contratación temporal, donde se están produciendo novedosos y creativos pronunciamientos judiciales que, como ha destacado Molina Navarrete, se atreven a llegar allí donde ni siquiera el legislador todavía se había atrevido a llegar, extendiendo el derecho indemnizatorio, no sólo a todos los contratos temporales, sino también a los nombramientos funcionariales irregulares<sup>65</sup>.

Esta evolución jurisprudencial deja a la autoridad o funcionario responsable en una situación jurídicamente incierta y comprometida. Su patrimonio personal, con el que tendrá que responder por las irregularidades cometidas, va a depender de las cuantías indemnizatorias que en cada caso acaben finalmente fijando los Jueces y Tribunales del Orden Jurisdiccional Social. En este sentido se ha producido una vertiginosa evolución en estos últimos años. De equiparar al empleado indefinido prácticamente como un interino sin derecho a indemnización, se ha pasado a reconocerle una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, independientemente de la razón del cese.

---

<sup>65</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristobal, “La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?”, Diario La Ley, N° 9053, Sección Tribuna, 3 de octubre de 2017, pág. 2.

Ante esta situación, acierta el punto cuatro de la Disposición adicional trigésima cuarta cuando insta a la Administración a tomar cautelas. Las Administraciones están obligadas a promover en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal. Bien podría pensarse en la elaboración de concretos códigos de conducta, en la elaboración de normas reglamentarias que establecieran procedimientos administrativos de actuación para la contratación laboral o incluso en la elaboración de órdenes de servicio o instrucciones internas, en los términos previstos en el art. 6 de la Ley 40/2015, que permitirían a la Administración dirigir y ordenar la actividad que realicen los responsables a la hora de celebrar o prorrogar contratos laborales<sup>66</sup>.

Los criterios de actuación mencionados en este apartado también deberían incluir acciones formativas para los responsables de la contratación laboral. Ante un panorama de absoluta inseguridad jurídica como el que se está planteando en la actualidad por la aplicación directa del principio de primacía del Derecho comunitario, es muy importante que estos responsables estén al día, no sólo de la normativa laboral, sino de la jurisprudencia y de la interpretación e incluso inaplicación de las normas que se está produciendo en este ámbito<sup>67</sup>.

Sería oportuno que en cada ámbito puedan establecerse normas internas que regulen todos estos procesos de contratación y que establezcan las correspondientes cautelas para evitar que se puedan producir estas irregularidades. En este sentido, por ejemplo, parecen muy sensatas las propuestas que en el año 2005 realizó el *Informe de la Comisión Para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* del año 2005 y exigir internamente la obligatoriedad de realizar un informe técnico-jurídico sobre la viabilidad de la contratación temporal o, en su caso, de su renovación, antes de que el órgano competente para la contratación adopte la decisión de contratar o de prorrogar el contrato laboral temporal.

La introducción de este especial trámite produciría de forma inmediata dos efectos. En primer lugar, evitaría que se cometiera una irregularidad en la contratación que después puede dar lugar a la conversión de ese contrato temporal en indefinido. Se cortaría de raíz esta posibilidad. En segundo lugar, permite acreditar jurídicamente que el responsable de la contratación actúa con pleno conocimiento de causa, es decir, “conociendo y queriendo”. Y esto es muy importante para una posterior exigencia de responsabilidades patrimoniales. Si el responsable de la contratación, a pesar de las advertencias jurídicas contenidas en el informe técnico, consiente la prórroga o permite la contratación irregular, se podría

---

<sup>66</sup> Algunos ejemplos de ello ya tenemos en nuestro ordenamiento jurídico. Cabe citar, por ejemplo, la Disposición adicional primera del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que establece medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración. Obliga a la Administración y a sus entes instrumentales a dictar en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral. A tal fin los citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.

<sup>67</sup> Véase el análisis que al respecto realiza MOLINA NAVARRETE, Cristobal, “La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?”, *Diario La Ley*, Nº 9053, Sección Tribuna, 3 de octubre de 2017.

entender que actúa con dolo y, en consecuencia, se cumpliría el requisito más difícil de acreditar para la exigencia de su responsabilidad patrimonial. Se entendería que habría actuado dolosamente, pues concurriría el elemento intelectual y volitivo que exige este tipo de responsabilidad.

En todo caso, dentro del ámbito de los denominados “actos separables” de la contratación laboral, sería de gran utilidad que las normas internas reguladoras de este tipo de procedimientos establecieran un precepto que recoja este tipo de informes, así como los del interventor cuanto se trate prorrogar contratos y nombramientos o de proceder a la creación de plazas en las plantillas para dar cabida a los contratados declarados indefinidos. El objetivo, crear marcos que proporcionen seguridad jurídica a la actuación de los responsables de la contratación laboral.

En fin, la sola amenaza de la utilización de esta Disposición, tal como se ha señalado por la doctrina, puede suponer la introducción de un fuerte condicionamiento en el modelo y las pautas de comportamiento de los funcionarios públicos. La preocupación por la posibilidad de tener que responder con su propio patrimonio personal puede inducirles a un ejercicio defensivo o inhibitorio de determinadas funciones públicas<sup>68</sup> o a optar por formas de actuación más conocidas, menos innovadoras, que supongan “cautelos excesivos, innecesarios, demasiado caros<sup>69</sup>”. En todo caso, habrá que ser cautelosos con la utilización de esta Disposición porque podría actuar como un mecanismo perverso, especialmente en el ámbito local y cuando se produzca una alternancia en el Gobierno local. A pesar de que son muy pocas las sentencias que se han pronunciado sobre esta institución, en casi todas se reprocha expresamente la utilización partidista que puede hacerse de esta institución en manos de la oposición y del rival político, utilizado la potestad de acción de regreso con fines espurios, de revancha política<sup>70</sup>.

*Seminario de Relaciones Colectivas, Barcelona, 18 de octubre de 2017.  
Federación de Municipios de Cataluña*

---

<sup>68</sup> CASINO RUBIO, Miguel, “El Derecho sancionador y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, *Documentación Administrativa*, 254-255, 1999, pág. 369.

<sup>69</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol, “Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l’Administració”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 2002, pág. 1027.

<sup>70</sup> En la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Melilla de 23 de febrero de 2010, se alega como primer argumento que la acción de repetición es “infundada y que sólo persigue fines político- electorales, dada su condición de diputado de la Asamblea de la CAM del actor y miembro del partido político Coalición Por Melilla (CPM), actualmente en la oposición y rival político del partido gobernante en la citada Administración (Partido Popular)”.