

Disfunciones entre la Jurisdicción Social y la Contenciosa Administrativa en relación con el empleo público, especial referencia a las condiciones laborales de los indefinidos no fijos.

Jorge Fondevila Antolín

Doctor en Derecho

Jefe de la Asesoría Jurídica de Presidencia, Interior, Justicia y Acción Exterior

Gobierno de Cantabria

INDICE DE INTERVENCION

I. DISFUNCIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.

1. El Despido improcedente: un instrumento en conflicto con el régimen jurídico de las Administraciones Públicas.
2. La reconducción por supuesto “fraude legis” a la Jurisdicción Social del cese del personal eventual de confianza política al régimen laboral: el despido improcedente.
3. La invasión de la Jurisdicción Social sobre la declaración de la legalidad de las Relaciones de Puestos de Trabajo.
4. Otra expansión de la Jurisdicción Social sobre la competencia de la Jurisdicción contenciosa sobre la impugnación de Bases, convocatorias, procesos selectivos y la convocatoria y gestión de las bolsas de empleo.
5. La patente de curso otorgada por la jurisdicción social para la arbitraria contratación del personal de las sociedades públicas (ATS 1067/2019, de 24 de enero (Sala de lo Social)).

II. LOS INDEFINIDOS NO FIJOS DE PLANTILLA: una solución o realmente una generación de más problemas para el empleo público.

1. Una crítica a la vis expansiva de la Jurisdicción social con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del “indefinido no fijo”.

2. La equiparación de condiciones laborales de los indefinidos no fijos con los empleados laborales fijos en el empleo público.

1. El Efecto directo de la cláusula 4.1 del Acuerdo marco y la Directiva 1999/70/CE.

2. La exigencia de la jurisdicción social para que se incumpla la legislación administrativa o presupuestaria, en cuanto a la reserva y ejercicio de funciones por indefinidos en puestos de funcionarios.

3. La Promoción Profesional de los indefinidos no fijos, una nueva fuente de problemas: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2018.

a) Régimen jurídico de la promoción profesional laboral.

b) Breve excursus sobre las diferentes modalidades de promoción profesional laboral

c) La participación del personal laboral indefinido no fijo en los procesos de promoción interna vertical.

1. Situación anterior a la nueva declaración judicial que todavía no doctrina.

2. La novedosa declaración del Tribunal Supremo: reconocimiento del derecho a la promoción profesional vertical del personal laboral indefinido no fijo de plantilla

III. Conclusiones.

I. DISFUNCIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

1. El Despido improcedente: un instrumento en conflicto con el régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Dado que vamos a analizar algunos de los fenómenos de colisión entre el ordenamiento administrativo y el derecho laboral, sobre los cuales la Jurisdicción Social incorpora como expondremos algunas soluciones imaginativas, no puedo dejar pasar la oportunidad de reiterar una de las cuestiones que fue objeto de uno de mis primeros trabajos, y que tras el paso de 17 años no ha recibido crítica alguna, si bien, ha tenido un reconocimiento parcial al incorporar el EBEP, en su artículo 96.2 la obligación de las administraciones públicas de readmitir al personal laboral "fijo" cuando el despido sea declarado improcedente, y este se haya originado por un despido disciplinario. Efectivamente, en trabajos anteriores¹ ya expuse mi crítica a esa práctica de las Administraciones Públicas, en especial en las corporaciones locales, de proceder a mantener el despido e indemnizar a los trabajadores a pesar de haber sido declarado el mismo como improcedente, y ello, por las siguientes razones que expongo de forma sucinta:

La primera cuestión es preguntarnos que supone conceptualmente un despido improcedente, y así, debemos entender que el mismo se produce cuando el órgano judicial no considera probado el incumplimiento contractual alegado por el empresario o cuando en su forma no se ajusta a los requisitos legales o convencionales. Son pues dos los supuestos que

¹ FONDEVILA ANTOLIN, J. (2000), "*Constitución y Empleo Público*", Comares, Granada, págs. 280 y ss. y también, (2001), "Breve Reflexión sobre las especialidades en la extinción de las relaciones jurídico laborales en las Administraciones Públicas, con especial referencia al despido improcedente", *Diario LA LEY*, nº 5316.

aparecen nítidamente separados en torno a la figura de la declaración judicial de improcedencia:

a) El despido carece de causa, es decir, es injustificado, y en este caso el tribunal desestima la demanda por no considerar conforme a derecho la decisión extintiva del empresario. Es independiente que las razones por las que se llega a tal conclusión sean con motivo de no considerar probadas las imputaciones efectuadas, o por estimar insuficientes las mismas para su tipificación como incumplimiento grave y culpable del trabajador.

b) Y también nos encontramos en este supuesto cuando el empresario no ha cumplido con los requisitos formales, legales o convencionales exigibles, por lo cual el tribunal está obligado a no continuar su indagación y la actividad probatoria que se hubiera desplegado para declarar el despido procedente.

En segundo lugar, resulta imprescindible examinar el contenido jurídico de la decisión de la administración de rescindir la relación contractual mediante la opción por una indemnización previa la declaración de despido improcedente.

Así, la decisión administrativa de despedir a un empleado público laboral ha sido previamente calificada por los órganos jurisdiccionales como inmotivada y carente de causa legal alguna que lo justifique, y por ello, los mismos sancionan esta previa decisión calificándola como despido improcedente, por lo tanto, si la decisión de rescindir la relación contractual con la administración resulta inmotivada, sin causa, y por ello, esta no resulta objetiva ni razonable y, por ello, arbitraria, eso supone que la posterior decisión de optar por una indemnización y rescindir la relación se configura y articula bajo los mismos defectos, por ello, ante esta situación solamente puede llegarse a una conclusión, y ésta no puede ser

otra que calificar la decisión de no ajustada a derecho, pues la misma no supera ninguno de los requisitos exigibles en el control de la discrecionalidad administrativa y debe ser calificada de arbitraria, actuación que la propia Constitución prohíbe expresamente en su artículo 9.3.

Es preciso tener en cuenta que Ley 39/2015 LPAC, exige en su artículo 35.1 i) la motivación de todas las decisiones discrecionales, y en el caso que nos ocupa tampoco se da cumplimiento a esta exigencia por parte de la administración, con lo cual concurre otro elemento que ratifica el carácter de ilegalidad de la decisión administrativa de rescisión mediante opción indemnizatoria. Es muy difícil, por no decir imposible, que la administración puedan motivar de forma objetiva (103.1) y razonable su decisión de rescindir una relación contractual mediante la correspondiente indemnización, cuando previamente un órgano jurisdiccional ha declarado que la decisión de despido no era ajustada a derecho, pues carecía de causa legal y motivación que pudiera justificar la misma, por lo tanto, aun en el hipotético supuesto de que la administración motivara su decisión ésta difícilmente superaría el test de objetividad, razonabilidad y racionalidad de la decisión.

En tercer lugar, debe considerarse que también estamos en presencia de una posible violación del principio de legalidad presupuestaria, en cuanto a la exigencia de que cualquier disposición de gasto público está sometido al control de legalidad de la decisión, y si como hemos observado anteriormente la decisión no es ajustada a derecho, tampoco contara con amparo legal presupuestario para su pago.

Desde luego, resulta curioso que la jurisdicción Social tan cuidadosa en la aplicación del carácter tuitivo del derecho laboral, haya pasado de este problema sin plantearse consideración o pronunciamiento alguno, cuando es una cuestión que no distorsiona el sistema administrativo y de empleo

público, en todo caso es una garantía de respeto de principios constitucionales (art. 9.3 C.E.), y curiosamente en otras cuestiones claramente disfuncionales (indefinidos no fijos) de forma temeraria, a mi juicio, y sin una valoración real de sus graves consecuencias en el empleo público se procede a la creación de estas figuras tan problemáticas.

Por último, es preciso realizar una crítica a las previsiones del artículo 96.2, por cuánto, en primer lugar, este excluye de su aplicación al personal laboral “temporal”, lo que resulta inexplicable desconociéndose las razones que han podido justificar esta decisión, cuándo es conocido que, precisamente este tipo de personal es mucho más vulnerable a cualquier tipo de presión sobre la posterior evolución de su puesto de trabajo y posibles renovaciones de los contratos, y en segundo lugar, este precepto, excluye su aplicación al “personal laboral indefinido”, a nuestro juicio, sin razón alguna, y también ha dejado fuera de su alcance un amplio grupo de supuestos de extinción.

Si bien, debemos destacar que de forma inexplicable (una nueva incoherencia del TJUE), ese tribunal en su sentencia de 25 de julio de 2018 (C-96/17 Asunto: Vernaza Ayovi), declara ajustado al ordenamiento europeo, la no extensión del derecho de readmisión a los indefinidos no fijos y al personal temporal.

2. La reconducción por supuesto “fraude legis” a la Jurisdicción Social del cese del personal eventual de confianza política al régimen laboral: el despido improcedente.²

² A este respecto vamos a tomar en consideración el excelente trabajo de Garrido Cuenca, N. y Delgado Piqueras, F. (2015), “Las funciones del personal eventual en la jurisprudencia”, en *Revista Catalana de Derecho Público*, nº 51.

Este apartado tiene su origen en la finalidad de ilustrar una nueva muestra de conflicto jurisdiccional, que lleva abierta más de 10 años, y sigue generando problemas actualmente, no resultando posible todavía poder formular alguna conclusión clara al respecto, ya que, más bien, se observa que las decisiones varían en función del magistrado ponente, y no de una concreta línea de doctrina judicial.

Es preciso iniciar nuestra exposición señalando que la pretensión de ampliar el ámbito competencial de la jurisdicción social, tiene su fundamento en la acreditación en fase probatoria de la existencia de un fraude de ley que pudiera cometer la Administración con el nombramiento como funcionario eventual de confianza política, a una persona que realmente desempeña funciones ajenas a las funciones legalmente asignadas a esta clase de puestos, entiendo por ello, que estamos ante una relación laboral, y por ello, resulta incompetente la Jurisdicción contencioso administrativa, posición que resulta cuando menos muy discutible tanto para nosotros como para los propios tribunales como veremos al examinar algunos pronunciamientos judiciales ilustrativos sobre los funcionarios eventuales.

Pues bien, vamos a intentar reseñar algunos ejemplos de resoluciones judiciales, donde lo más destacable no es el debate jurídico, sino simplemente la valoración de la prueba que realizan los tribunales, en especial, la diferente conceptualización de los mismos tipos de funciones, de forma que llevan a resultados jurídicos diferentes, así:

1. La STSJ de Galicia 2403/2014, de 30 de abril, Sala de lo Social, sección 1.ª, (JUR2014\208580), resuelve, en recurso de suplicación por incompetencia de jurisdicción, el cese de una funcionaria de la Consejería que prestaba servicios como personal eventual en la Secretaría general de Comunicación, señalando al respecto:

«Conviene significar que la calificación jurídica que merezca la relación mantenida entre las partes no viene condicionada por la denominación que se le atribuya o por la opinión que al respecto puedan manifestar los interesados, pues como reiteradamente declara la doctrina jurisprudencial, los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la calificación que les otorguen los intervinientes (STS de 21 de julio de 1990); debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el “nomen iuris” empleado por los contratantes (STS 23 de octubre de 1989); siendo así que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual (STS de 21 de julio de 1988 y 5 de junio de 1990)».

En este caso se acreditó en fase probatoria que la actora efectuaba funciones propias de habilitada de gestión de pagos en el servicio de Gestión Económica de la Secretaría general de Comunicación, confirmando la calificación estrictamente laboral del puesto de trabajo y declarando la competencia del orden social.

2. Un caso similar fue resuelto por la STSJ de Andalucía 2344/2014, de 18 de septiembre, Sala de lo Social, (JUR2014\276926), que anuló el nombramiento como personal eventual de confianza de alto cargo (secretaria del alcalde) al quedar demostrado que la actora únicamente realizó tareas administrativas ordinarias bajo la dependencia y directrices del alcalde: *«cometidos generales encuadrables dentro de la actividad administrativa ordinaria de la corporación».*

3. En el mismo sentido también podemos destacar la STSJ de Canarias de 26 de abril de 2012, Sala de lo Social, (AS 2012\1140) calificando de contrato laboral el desempeñado por la actora, formalmente personal eventual —Coordinadora de la Alcaldía—, tras comprobarse que se mantenía desde el inicio de su relación con la Administración Local un vínculo laboral desempeñando las tareas ordinarias de un administrativo en Intervención, Transporte y Servicios Sociales.

4. En sentido contrario a los anteriores pronunciamientos, destacan las STSJ de Cataluña de 5 y 27 de mayo de 2014 (JUR 2014\181260 y JUR 2014\223584, respectivamente), resolviendo sendos supuestos donde las actoras habían sido nombradas como personal eventual desempeñando funciones de secretarías personales del teniente alcalde de Reus, aduciendo que las tareas realmente desempeñadas se encontraban vinculadas con el partido político.

5. Otro ejemplo de funciones valoradas de forma diferente lo tenemos en la sentencia del STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, sección 1.ª, Rec. nº 7857/2012, de 20 de noviembre (AS 2013\97), que, declaró la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para enjuiciar la nulidad del despido de varios funcionarios eventuales al servicio del Ayuntamiento de Barcelona que ocupaban puestos en su gabinete de prensa (Departamento de Prensa del Gabinete de la Alcaldía, Dirección del Gabinete, Dirección Técnica de Prensa de la Gerencia de Servicios Generales y Coordinación Territorial).

Así, señala de forma expresa al respecto:

«[...] los recurrentes realizan las funciones de asesoramiento especial y confianza y de acuerdo con las instrucciones que les daban los órganos de gobierno, es decir, alcaldes, concejales y cargos políticos, que

son los que definen y dirigen la política informativa municipal hacia los medios de comunicación de acuerdo con los criterios de oportunidad y con reserva y confidencialidad de la información que manejan». Añadiendo a continuación: «de acuerdo con las instrucciones que les daban los cargos políticos antes citados que son los que tienen el poder de decisión política, no se puede aplicar la normativa laboral sino que por sus funciones de confianza y asesoramiento especialmente es lo que caracteriza esta clase de personal público que son los actores en los que es consustancial las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la confianza, como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

6. Finalmente vamos a examinar varias resoluciones del Tribunal Supremo, que si bien, son de inadmisión del recurso de casación interpuesto, en todas ellas, a la vez se confirma las decisiones de instancias inferiores, que resultan muy ilustrativas a este respecto:

a) Auto del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 16 de enero de 2018, nº de Recurso: 1205/2017. En este caso examina la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de enero de 2017 (Rec 3882/16), que confirma la de instancia que con estimación íntegra de la demanda declara la improcedencia del despido de la actora, con efectos de 13/6/2015, previa declaración de existencia de relación laboral con el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, señalando:

“Consta que la demandante ha venido prestando servicios para el Concello de Santiago de Compostela desde el día 07/11/1994 hasta el 13/06/2015, como auxiliar administrativa, mediante sucesivos nombramientos como personal eventual, en la mayoría de ellos, adscrita al grupo político Partido Popular, efectuados en virtud de los diversos decretos de la Alcaldía que se relatan en extenso en el HP 2º. Por lo que se refiere a la forma de prestación de los servicios, se relata que la actora prestó sus servicios a jornada completa, realizando el mismo horario de

trabajo que el resto de personal funcionario de igual categoría del Concello demandado; El centro de trabajo fue desde el inicio de la prestación las dependencias del Concello demandado, ubicada en las oficinas adjudicadas al grupo político Partido Popular; siempre prestó los mismos servicios, sin que haya existido cese efectivo, en los periodos que mediaron entre el final del mandato de una Alcaldía y la siguiente constitución de la Corporación Municipal, acudiendo al puesto de trabajo en dichos periodos en el mismo horario y realizando iguales funciones que durante los periodos en los que ha estado vigente su nombramiento por el decreto de la Alcaldía correspondiente; Asimismo, desde el inicio de la prestación de servicios la demandante, ha venido desarrollando idénticas tareas que las trabajadoras funcionarias con categoría de auxiliar administrativo del Concello demandado, entre ellas tareas de atención al público, preparación de escritos, cartas y notificaciones, atención telefónica y de fax, tareas de archivo y documentación, tareas de protocolo, convocatoria para Comisiones, gestión de la agenda de la Alcaldía, entre otras. La demandante no ha realizado tareas o funciones de asesoramiento; En el desempeño diario del trabajo las tareas de auxiliar administrativo eran desarrolladas por la actora en colaboración e idénticas condiciones y contenido que otras dos funcionarias, organizándose el servicio entre las tres a fin de garantizar la cobertura del mismo, sustituyéndose entre sí de modo indistinto en los supuestos de ausencias de alguna de ellas, y coordinando los periodos vacacionales o días de libranza por permisos y licencias”.

b) Auto del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 7 de marzo de 2017

nº de Recurso: 2808/2016. En este caso examina la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de abril de 2016 (Rec 430/16), aclarada por auto de 22/6/2016, que confirma la de instancia que acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción del orden social, por entender que la relación que une a las partes es de naturaleza funcional

y no laboral y el cese impugnado no es un despido, con remisión a la jurisdicción contenciosa- administrativa, señalando al respecto:

“El actor fue nombrado personal funcional eventual y como tal tomó posesión como jefe del gabinete de prensa del Ayuntamiento de Ourense, el 13/7/2007. Fue cesado con efectos de 10/6/2011, junto con otros quince integrantes de "la plantilla de eventuales". El 15/6/2011 fue nuevamente nombrado como personal eventual como Jefe del Gabinete de Prensa. Por Decreto de la Alcaldía de 29/5/2015, se resolvió el nombramiento. El demandante en el desarrollo habitual de sus gestiones, consta que efectuaba las tareas propias del director de comunicación para las que fue nombrado. También debía realizar la conformación técnica de los servicios y suministros prestados a su departamento, utilizando el programa implementado en el Concello para la tramitación de los expedientes de gastos (CIVIDAS). Realizaba diversos informes respecto de reparos a rechazos de facturas de la intervención sobre gastos de su departamento y otros informes en relación con las actuaciones de comunicación y divulgación del Concello. También daba el visto bueno a las peticiones de vacaciones o permisos de personal de su departamento.

La Sala de suplicación argumenta que formalmente el demandante es personal funcionario eventual, sin que, por otra parte, resulte probado que el actor llevara a cabo tareas que excedieron de las que son propias de este tipo de personal, esto es, funciones de asesoramiento y de confianza. Sostiene que el juez de instancia ha llegado a esa conclusión tras analizar las funciones que el actor desarrollaba como jefe de prensa. Añade que el hecho de conformar o dar por ciertas facturas de gastos relacionados con su ámbito, o gestionar el personal del referido ámbito, o realizar gestiones o informe también dentro de su ámbito de actuación, el de la comunicación y prensa del Ayuntamiento no supone un apartamiento de las competencias que fueron atribuidas en su condición funcional eventual”.

c) Auto del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 27 de febrero de 2018, nº de Recurso: 2834/2017. En este caso examina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en fecha 8 de febrero de 2017, que señala al respecto:

“La actora fue nombrada, por Decreto de la Alcaldía de Murcia de 28/1/2005, funcionaria de empleo eventual como Apoyo Administrativo al Grupo PSOE con efectos de 1/2/2005. Por Decreto de la Alcaldía de 6/7/2007 fue nombrada personal eventual para ejercer las funciones de apoyo al Grupo Municipal Socialista. En dicho decreto se establecía que la duración del nombramiento estaba condicionada al cese que se promoviera por la Alcaldía-Presidencia y, en todo caso, automáticamente al producirse el cese o expiración del mandato de la autoridad a la que prestaba su función de confianza o asesoramiento. Por Decreto de la Alcaldía de 29/6/2011 se nombró a la accionante como personal eventual para ejercer las funciones de apoyo al Grupo Municipal Socialista. En el Decreto se hacía la misma indicación anterior. El 28/5/2015 el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Murcia acordó cesar, con efectos del día 12/6/2015, a la demandante consecuencia de la celebración de las elecciones locales, estando prevista la sesión constitutiva de la Corporación para 13/6/2015. El 29/7/2015 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia acordó inadmitir la reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral en materia de despido interpuesta por la actora al entender que la relación de prestación de servicios no era de naturaleza laboral sino administrativa.

La sentencia de instancia estima la incompetencia de la jurisdicción laboral, con remisión al orden contencioso administrativo, para pronunciarse sobre la validez del cese acordado por el Ayuntamiento de Murcia en funciones. Argumenta que la actora ha sido nombrada por sucesivos decretos personal eventual para ejercer funciones de apoyo al

grupo municipal socialista, manteniéndose inalterada la naturaleza de la relación. La irregularidad denunciada se centra en que ha prestado servicios sin solución de continuidad durante 10 años, sin haber causada baja en la SS, tras el cese de una corporación y la entrada de la siguiente. Se estima que esta situación no tiene entidad suficiente como para desnaturalizar la relación funcional de confianza en laboral, máxime cuando las funciones que realizó son propias del personal eventual o de confianza para las que fue nombrada. Concluye que la demandante es personal eventual a pesar de que continuara trabajando en la corporación en funciones en el momento de cada elección, pero siempre amparada en un nombramiento. Recurrída en suplicación, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 8 de febrero de 2017 (Rec 562/16) confirma la incompetencia de la jurisdicción social. La demandante es personal eventual del art. 89 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local y art. 8 y 12 del EBEP y en consecuencia son las normas administrativas las aplicables al supuesto de autos. Se trata de un puesto de confianza a tenor de la documentación y contratos de autos, por lo que no se está ante una relación laboral”.

d) Auto del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 19 de abril de 2017, nº de Recurso: 2291/2016. En este caso examina la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada de 11 de febrero de 2016 (Rec 2185/15) que con revocación de la de instancia desestima la demanda, en la que la demandante solicitaba el reconocimiento de relación laboral indefinida con el Ayuntamiento de Linares desde el 1/1/2004, con los derechos inherentes a tal declaración, señalando al respecto:

“La actora venía prestando servicios para el Ayuntamiento en virtud de contrato de duración determinado para obra o servicio desde el 1/1/2004, como administrativo de grupo político. Asimismo, consta el Acuerdo del alcalde para designar persona de confianza a la demandante

en virtud de lo establecido en el art. 104.2 de la Ley de Bases de Régimen Local y la designación a la actora por parte del portavoz del Grupo Popular. Éste designa a la actora para atender labores administrativas, como personal de confianza del grupo político. Dicho puesto figura en la RPT del ayuntamiento. Las funciones de la actora son las del personal eventual de confianza.

Ante la estimación de la demanda, en suplicación el ayuntamiento plantea la incompetencia de la jurisdicción social al entender que la relación que une a las partes no es laboral dado que las funciones efectuadas eran de confianza y como tal fue designada. La Sala de suplicación sostiene que, en el presente caso, a diferencia de otros similares, lo que se está peticionando es la configuración de si la relación que une a las partes es o no laboral, para lo que sí es competente la jurisdicción social con independencia de la final calificación. Tras modificar el relato fáctico, analiza el nombramiento de la actora y las funciones por ésta desarrolladas, concluyendo que se trata de personal eventual o de confianza y la relación que vincula a las partes no es laboral, por lo que desestima la demanda”.

A la vista de lo examinado debemos formular algunas consideraciones finales al respecto, en concreto:

Primera. El alcance legal de las funciones reservadas a los funcionarios eventuales de confianza política, se encuentra establecida en las previsiones del artículo 12.1 del TREBEP³, lo que supone que nos

³ Artículo 12. Personal eventual.

1. Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número

encontremos ante conceptos jurídicos indeterminados, que los tribunales delimitan, de forma subjetiva y contradictoria, así, nos encontramos que para unos, ciertas tareas no serían válidas, como por ejemplo, tareas o funciones propias de la actividad administrativa, en especial destaca las labores de auxiliar administrativo y secretaria. Por otro lado, parece que en algunos casos la jurisprudencia social vincula las funciones de confianza y asesoramiento con las tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan los cargos de autoridad política, donde deben predominar las notas de afinidad y proximidad política que son inherentes a la confianza.

Segunda. No podemos compartir el argumento base de la Jurisdicción Social para amparar su decisión de reclamar su competencia por existencia de un “fraude legis”, y ello, en base a una clara precisión conceptual, en concreto, nos encontramos ante un acto administrativo (nombramiento), que si resulta no ajustado a derecho, es decir, existe una ilegalidad en el mismo, debe ser excluido del orden jurídico, y para ello, tenemos una institución jurídica clara y precisa, me refiero a la nulidad y anulabilidad de la actuación administrativa (artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015 LPAC), pudiendo concurrir en estos casos incluso la nulidad más radical, pues entre otras cosas se estaría violando derechos constitucionales susceptibles de especial protección constitucional (art. 18 y 23.2 CE), y como consecuencia de ello, la inexistencia del acto "efectos ex nunc" que conlleva también la desaparición de cualquier acto posterior.

máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas.

3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.

5. Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

Y la única jurisdicción competente para proceder a esta clase de declaración es la contencioso administrativa, pues la existencia de un fraude legis, en la decisión administrativa de nombramiento, no puede ser título habilitante suficiente para que la jurisdicción social reclame su intervención, y más aún cuando estamos en presencia de una posible nulidad radical, por supuesto esto no impide que el afectado no pueda efectuar una reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración por funcionamiento anormal de sus servicios, pero eso es otro debate, que desde luego, impediría a la jurisdicción social reclamar el carácter tuitivo del derecho laboral de posible aplicación.

Dicho lo anterior, coincidimos con Garrido Cuenca y Delgado Piqueras⁴ en una consideración que debe destacarse a este respecto: *“Aunque es cierto que se puede evitar algún caso flagrante de fraude de ley en la contratación, las consecuencias de una generalización de esta doctrina pueden conducir a idéntico fraude de ley, pues conducen finalmente a perpetuar en sus puestos a quienes realmente no han superado el mínimo test constitucional de acceso al empleo público”*.

3. La invasión de la Jurisdicción Social sobre la declaración de la legalidad de las Relaciones de Puestos de Trabajo del personal laboral.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al examinar los procesos de amortizaciones de plazas laborales (en su mayor parte de indefinidos no fijos) por parte de las Administraciones, decisión que se concreta en las Relaciones de Puestos de Trabajo, en su Sentencia de 28 de octubre de 2013 (rec. nº 3252/2912), que confirma la sentencia de un Juzgado de lo Social, que declaraba nulo el despido y estima que la jurisdicción social puede examinar la validez de una Relación de Puestos de Trabajo, para

⁴ Garrido Cuenca, N. y Delgado Piqueras, F. (2015), Op. cit.

verificar si la amortización de la plaza es real y legal, pero eso sí, mediante un trampantojo, como cuestión prejudicial.

«la solución adoptada en este punto por la sentencia recurrida es la jurídicamente correcta, y acorde con la jurisprudencia de esta Sala, sobre el conocimiento prejudicial del orden social de las cuestiones contencioso-administrativas(...) Extremo que ya resolvió esta Sala afirmativamente en su STS/IV 10-julio-2000 (rec.4145/1998, Sala General), — seguida, entre otras, por las SSTS/IV 12-febrero-2001, 2 y 10-abril- 2001y 7-noviembre-2001—, en la que se establecía, esquemáticamente, que es incorrecta la doctrina de la sentencia de contraste al sostener que, para declarar la procedencia del cese, basta con comprobar la veracidad de la amortización de la plaza, refiriéndose con esa expresión a que el órgano judicial social sólo debe cerciorarse de que la amortización ha quedado constatada documentalmente y que para poder valorar con pleno conocimiento de causa si el cese contra el que se acciona se ha producido conforme a derecho o, por el contrario, constituye un despido improcedente, se hace preciso analizar, en la medida necesaria para resolver la cuestión, si se está o no en presencia de una auténtica amortización».

Lo anterior supone que la jurisdicción social se considera competente para examinar como cuestión prejudicial la validez de un acto administrativo, lo que supone una declaración que, a nuestro juicio, de inicio, una clara colisión con la Ley 29/1998 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa (LJCA). Es preciso destacar que esta línea de invasión competencial, tiene su antecedente en la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala General) el 27 de febrero de 2012 (rec. nº 3264/10), aunque con votos particulares, con gran lógica legal, señalaron al respecto:

«La mayoría va más allá de sus competencias prejudiciales y entra a examinar si la amortización fue correcta, si la autorizaba la ley, y concluye que no, que fueron ficticias la amortización y la nueva R.P.T. Con ello

asume competencias que no le son propias y que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa con lo que viola el derecho constitucional al Juez natural (art. 24 Constitución).»

Pues bien, desgraciadamente parece que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha iniciado un camino sin retorno (salvo la remota posibilidad de intervención futura de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional), y esta decisión origina una razonable lista de cuestiones conflictivas, que detalla Chaves⁵, y que compartimos:

– ¿Y si la jurisdicción contenciosa ha confirmado la validez por sentencia de la RPT o está conociendo de la impugnación indirecta de la RPT?

– ¿Se anula el despido y subsiste la RPT con el puesto amortizado, como arponero que arrastra una pata de palo?

– ¿Se abre el “forum shopping” para que se juegue a la ruleta con ambas jurisdicciones?

– ¿Seguirá el mismo criterio la jurisdicción contenciosa y cuando se impugne unos procedimientos selectivos de personal laboral, conocerá como cuestión prejudicial de la invalidez de los Convenios Colectivos?

De todas formas, de momento parece que la Jurisdicción Social todavía se autolimita en su desaforado deseo expansionista, ya que, al menos todavía no reclama la impugnación directa de Relaciones de Puestos de Trabajo de Personal Laboral que hasta este momento es una indubitada

⁵ CHAVES, J.R. (2012), “La jurisdicción social hinca el diente a las Relaciones de Puestos de Trabajo”, en <https://delajusticia.com/2013/12/19/la-jurisdiccion-social-hinca-el-diente-a-las-relaciones-de-puestos-de-trabajo/>

competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, por otro lado, como señala Chaves⁶: *“parece claro que si hay una previa sentencia de la Jurisdicción contenciosa sobre la RPT laboral, no cabe abordar cuestión prejudicial alguna por la Jurisdicción Social pues ya estaría zanjada por el competente, dado el carácter subordinado y subsidiario que tienen las cuestiones prejudiciales”*.

Pero lo más preocupante es que esta “iluminada” invasión competencial de la Jurisdicción Social se extiende también al examen de la competencia para aprobar o modificar la RPT por el pleno municipal, atribuyendo la misma a este, en vez de a la Junta de Gobierno, es decir, ya no se limitan al examen de cuestiones referidas Al ámbito del régimen jurídico del personal , sino que extiende su competencia al régimen jurídico de organización y competencias de los órganos administrativos, es decir, a partir de ahora, por decisión de la jurisdicción social se ha extinguido la jurisdicción contenciosa, así, señalan al respecto:

“En la aprobación o modificación de estos instrumentos puede tener competencias la Junta de Gobierno, pero la actuación consistente en suprimir 56 puestos de la plantilla con la consiguiente repercusión presupuestaria no puede quedar comprendida en las competencias relativas a la relación de puestos de trabajo. La RPT debe ajustarse a la plantilla aprobada por el órgano superior y no al revés, que la plantilla resulte modificada a través de una alteración de la RPT efectuada por el órgano inferior”, destacando que *“de otro lado no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido, pues se ha efectuado una modificación – reducción – de la plantilla durante la vigencia del Presupuesto y para ello es preciso seguir los mismos trámites de modificación del Presupuesto (art. 126.3 RD Legislativo 781/86) cuya aprobación final corresponde al Pleno”*; concluyendo, de lo expuesto, que

⁶ CHAVES, J.R. (2012), op.cit.

“a los efectos prejudiciales que interesan en este proceso, ha de entenderse que la decisión del Pleno del Ayuntamiento de Parla es ajustada a derecho no siéndolo, en cambio, la de la Junta de Gobierno Local”.

Así pues, estamos en presencia de una manifestación diáfana de un proceso de invasión competencial, sin soporte legal salvo el que le otorga su poder jurisdiccional, de la Jurisdicción Social sobre ámbitos competenciales de la Jurisdicción Contenciosa, que supone una grave alteración del orden jurídico, y en especial, las consecuencias que su desarrollo puede suponer para el respeto del orden constitucional sobre el empleo público, y ello, a la vista de posteriores pronunciamientos de esa jurisdicción sobre cuestiones tan importantes como la selección del empleo público en las sociedades públicas.

4. La invasión de la Jurisdicción Social sobre la competencia de la Jurisdicción contenciosa sobre la impugnación de Bases, convocatorias, procesos selectivos y la convocatoria y gestión de las bolsas de empleo.

Desde hace mucho tiempo no ha existido debate alguno sobre el control de la legalidad de las actuaciones de las Administraciones Públicas en relación con la selección del personal laboral y la competencia reservada exclusivamente al conocimiento de los órganos que integran la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, no es difícil concluir que tanto las normas como los principios que rigen los procedimientos de selección del personal al servicio público, son normas de Derecho Público, normas que tratan de tutelar de manera especialmente el interés general. Así recordemos que el artículo 9.4 de la LOPJ atribuye a ese orden jurisdiccional el conocimiento de las pretensiones sujetas a Derecho Administrativo, previsión que repite el artículo 1 de la LJCA. No cabe duda que las vicisitudes de la relación laboral, reguladas por el derecho laboral, aunque la empleadora sea una Administración Pública, debe ser objeto de

control de legalidad por los órganos judiciales del orden social. Sin embargo, en relación al acceso, estaríamos ante un acto separable regido por el derecho administrativo, de suerte que la consecuencia sería la competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa⁷.

Pues bien, la jurisprudencia ha admitido su aplicación de forma pacífica cuando se trata de personal de nuevo ingreso, distinguiendo dos momentos concretos:

a) Las incidencias que se suscitan con carácter previo al nacimiento de la relación laboral, es decir, durante el desarrollo del proceso selectivo -actos relativos a la oferta de empleo, convocatoria y sus bases, desarrollo y ejecución del proceso selectivo, y los requisitos formales para la adquisición de la condición de empleado público.

b) Las actuaciones e incidencias que se originen tras haber finalizado el proceso selectivo y formalizado el contrato laboral, lo que supone que queda constituida la relación laboral⁸.

En el primer caso, aplicando la doctrina de los actos separables, nos encontraríamos ante actos regulados por el Derecho administrativo, revestidos de un carácter público y, por consiguiente, atribuibles al orden contencioso-administrativo con independencia de que se pretenda formalizar un contrato de trabajo, cuya naturaleza sin duda es privada; en el segundo, por contra, en la actuación de la Administración ya no predomina ese carácter público, sino que su condición debe ser calificada de jurídico laboral en cuanto a sus efectos y desarrollo, de modo que las controversias suscitadas a este respecto se sustanciarán ante los Tribunales de la jurisdicción social, resultando a este respecto pacífica

⁷ FONDEVILA ANTOLIN, J. (2018), “*Manual para la selección de Empleados Públicos*”, 2ª edición (Revisada y actualizada), Wolters Kluwer - EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS, Madrid, págs.582 y ss.

⁸ FONDEVILA ANTOLIN, J. (2018), Op. cit, págs. 501 y ss.

durante mucho tiempo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, Sala de lo Social⁹.

Por otro lado, podemos destacar que por parte de la doctrina laboral y administrativa el tema parecía claro y pacífico, a este respecto nos remitimos, por todos, a los trabajos de Tomás Quintana López y Susana Rodríguez Escanciano¹⁰, que sostienen que la nueva reforma de la Ley jurisdiccional, no altera este marco competencial. Y en el mismo sentido es destacable el trabajo «Fronteras del contencioso-administrativo» de Luis María Díez-Picazo Giménez¹¹ (Presidente de la Sala 3ª del Tribunal Supremo), que señala que es preciso entender que las previsiones de la jurisdicción social sobre el enjuiciamiento de actos administrativos son excepciones, y como tal deben ser consideradas.

Pues bien, esta pacífica situación ha sido objeto de un giro de 180º por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que por cierto ya parecía anticipar de forma tímida en sentencias de los dos últimos años, pero ha sido ahora, cuando el **Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección Pleno, Sentencia 438/2019, 11 Jun. Rec. 132/2018**, reclama la competencia excluyente de toda actuación administrativa que tenga relación con un proceso selectivo para formalizar contratación laboral.

⁹ En este sentido podemos destacar: (SSTS, en u. d., de 16 marzo 1992, rec. 991/1991 y de 19 junio 1992, rec. 1640/1991; STS de 21 julio 1992, rec. 1428/1992; SSTS, en u. d., de 11 marzo 1993, rec. 443/1992, de 10 noviembre 1993, rec. 4150/1992 y de 30 octubre 1996, rec. 975/1996; STS de 11 mayo 1998, rec. 4167/1997; STS de 26 junio 1998, rec. 4973/1997; STS de 29 mayo 2007, rec. 103/2006), STS, Sala de lo Social, Sentencia de 12 de mayo de 2011, rec. de casación 101/2010.

¹⁰ QUINTANA LÓPEZ, T. Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., (2012), «Límites Jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social», *Revista Jurídica de Castilla y León*. nº 26.

¹¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. (2018), “Fronteras del contencioso-administrativo”, *Revista Actualidad Administrativa*, nº 6, junio 2018, Editorial Wolters Kluwer.

La demanda, en concreto, insta la declaración de no equivalencia de titulaciones, desde un plano convencional, para interesar en consecuencia una concreta interpretación y modificación de una de las Bases de la Resolución por la que se convocan pruebas de Ingreso en la Administración del Principado de Asturias.

Para la resolución del extremo planteado acude el tribunal a la doctrina elaborada por esa Sala, marcando como punto de inflexión la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuya Exposición de motivos, a su juicio, entendió que era el "*momento de racionalizar la distribución competencial entre los órdenes jurisdiccionales en el ámbito de las relaciones laborales*". Así, entienden que con la nueva Ley reguladora de la jurisdicción social se afronta una modernización de la norma a partir de la concentración de la materia laboral, individual y colectiva, y de Seguridad Social en el orden social y de una mayor agilidad en la tramitación procesal, y también de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias, en concreto el Tribunal considera que:

"...la voluntad del legislador diseñada ya en el art. 1 del texto procesal laboral al residenciar en este orden social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, y también de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias., así como en la letra n) de su art. 2, atinente a la asignación al orden social de la jurisdicción del conocimiento de las "demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre

que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional.", revisando expresa y sustancialmente la dicción de la precedente de la LPL, en sus arts. 1 a 3 (LA LEY 1444/1995), en los que se había sustentado la doctrina tradicional a la hora de remitir la atribución de la competencia al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción. Aquellos términos normativos no pueden sino significar la transferencia a este orden jurisdiccional social de la materia que abordamos: la interpretación e impugnación de las bases de la convocatoria del proceso de selección que ha llevado a cabo la Administración empleadora, en este caso en consonancia con lo acordado en el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

[.....]

Ciertamente se entrelazan disposiciones de índole administrativo, y de ahí las cautelas por ejemplo establecidas para las OPE, las exigencias de índole presupuestario o el cauce procedimental. Ello no obsta la expresa valoración que el legislador ha realizado de la mayor especialización de la jurisdicción social, que ha de comprender el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales, manifestando en la misma Exposición de Motivos de la LRJS (LA LEY 19110/2011) su voluntad de proyección como auténticamente social y a tal efecto la revisión que verifica del ámbito de cobertura, de la esfera de su conocimiento (calificada de principal novedad), en relación con la normativa anterior, con el objetivo último, según enseñaba aquel preámbulo, de conseguir la efectividad, coordinación y seguridad de la respuesta judicial, generándose así un marco adecuado al ejercicio efectivo de los derechos y libertades por parte de la ciudadanía. Un marco que se articula a partir de la comprensión del trabajo no exclusivamente como medio en los sistemas productivos sino como un fin en sí mismo del que se derivan derechos necesitados de una especial tutela jurídica.

Bascula de esta manera el entendimiento mismo de todas las fases de la contratación del personal laboral en favor del orden social, comprendiendo igualmente la preparatoria que viene a conformar y condicionar el propio vínculo de trabajo entre las partes. Su calificación de materia social resulta innegable, y en consecuencia tiene acceso a la vía jurisdiccional social y a la especial tutela que el legislador le encomienda.”

Pues bien, con relación a los argumentos de la Sala debemos manifestar nuestras principales discrepancias al respecto:

Primero. Es curioso destacar que, de entrada, la sala utiliza como argumento inicial que el objeto del proceso es un “conflicto colectivo” por incumplimiento de un Convenio Colectivo, por lo cual está justificada de inicio su vis atractiva, aunque el objeto real del debate no es el conflicto (procedimiento incorrectamente admitido a trámite), sino la violación del derecho en la elaboración de unas bases de convocatoria, es decir, la legalidad o no, de unas bases administrativas, por lo que resultaría de aplicación la competencia sobre cuestiones prejudiciales del orden contencioso administrativo, conforme determina el artículo 4º.1. de la Ley 29/1998 L.J.

Segundo. Sorprende enormemente que la Sala utilice como referencia de doctrina judicial de la Sala, los pronunciamientos de la misma, reclamando su competencia para enjuiciar las bases de una selección, pero referida a empresas públicas, en este caso RENFE y la Sociedad de CORREOS, que conforme las previsiones de la LJ CA siempre han estado fuera del ámbito de control de la misma, y siempre, sin discusión han sido objeto de control por la Jurisdicción Social. La pregunta sería ¿A qué viene ahora utilizar como justificación una doctrina que nadie ha discutido ni ha generado conflicto?, ya que, nadie ha discutido la competencia sobre el sector público empresarial, que queda fuera del ámbito administrativo, salvo cuando ejerzan funciones sometidas al

derecho administrativo. Nos parece que estamos en presencia de un intento de crear un estado de opinión artificioso para justificar su posterior dislate.

Tercero. Pero las sorpresas de esta sentencia no cesan, y así nos encontramos con una declaración realmente sorprendente y de muy difícil comprensión legal, que resulta incoherente con su propia doctrina, en concreto, manifiesta la Sala, que cuando estamos en presencia de convocatorias de selección y lógicamente unas bases comunes para funcionarios y personal laboral, entonces la competencia es de la jurisdicción contencioso administrativa, y ello, ¿por qué?, no lo explican. Parece que sitúa la Sala en situación de preeminencia “ad personam” a los funcionarios sobre el personal laboral, cediendo su competencia exclusiva para enjuiciar los procesos selectivos laborales a la jurisdicción contenciosa, realmente esta argumentación carece de todo fundamento razonable y es una pura creación artificiosa.

Cuarto. Y entramos en la parte esencial de su argumentación, que a nuestro juicio, resulta claramente deficiente; ya que, si se examina con detalle la exposición de motivos (apartado III) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se puede comprobar que no es posible reconducir las previsiones del artículo 1º, absolutamente genérico y la frase final del apartado n) del art. 2º, referida a los actos administrativos sobre “material laboral” como título legal suficiente para reclamar la competencia a este respecto, para además conectar esas previsiones con lo que denominan “rama social del derecho”, de forma que entienden que el legislador les ha otorgado una patente de corso para extender su jurisdicción sin límite expreso: “a todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión pueden calificarse de sociales”, y de esta manera nos encontramos que esta jurisdicción y su competencia estará sometida permanente a una interpretación, por supuesto “extensiva” de su jurisdicción, es decir, un ejemplo perfecto de seguridad

jurídica de “soft law”. De forma que este planteamiento que formula la Sala nos llevaría necesariamente a considerar que cualquier decisión administrativa que afecte, por ejemplo: convocatorias de cualquier subvención de tipo social, regulación del precio de la luz y el bono social, la autorización e inscripción de los estatutos de una fundación con fines sociales, el régimen de copago de medicamentos, o cualquier otra ocurrencia debería residenciarse ante la jurisdicción social. Realmente es un auténtico “desiderátum” y una manifestación clara de la teoría del “voluntarismo decisionista” de Carl Schmitt.

Pero claro, toda esta argumentación obvia una parte esencial de la exposición de motivos, que olvida citar la sala, en concreto, nos referimos al (apartado III) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, que justamente explica cuáles son los límites de la ampliación jurisdiccional a ciertos actos administrativos que en estos momentos podrán ser objeto de examen por la Jurisdicción Social y que como señala Díez-Picazo Giménez¹², es preciso entender que las previsiones de la jurisdicción social sobre el enjuiciamiento de actos administrativos: **"son excepciones, y como tal deben ser consideradas"**, resultando preciso a este respecto, examinar la parte obviada por el Tribunal Supremo de esa exposición de motivos, que resulta esencial para una adecuada interpretación sistemática del orden competencial:

“La ordenación de las materias objeto de conocimiento por el orden social se lleva a cabo en los tres primeros artículos de la Ley, donde cabe destacar algunas novedades significativas.

Por un lado, se produce una unificación de la materia laboral que permite dar una cobertura más especializada y coherente a los distintos elementos de la materia laboral. Es el caso de la concentración en el orden

¹² Díez-Picazo Giménez: L.M., (2018), Op. cit.

jurisdiccional social de todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo y que hasta ahora obligaban a los afectados a acudir necesariamente para intentar lograr la tutela judicial efectiva a los distintos juzgados y tribunales encuadrados en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social.

Con esta fórmula se pretende que la jurisdicción social sea competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado. En este punto la Ley sigue al pacto social concretado en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), así como a un amplio consenso de la doctrina científica.

Asimismo, esta unificación permite de manera general convertir el orden social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos. De este modo no sólo se fortalecen los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo, sino que además se disponen los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales. Esta asignación de competencias se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes deberán plantear, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional o estatutaria o laboral. Se incluyen además competencias sobre medidas cautelares. Por último, se asigna al orden social la competencia sobre las cuestiones relativas a los órganos de representación de personal en materia relacionada con la prevención de

riesgos en el trabajo, a través, en su caso, de los Delegados de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud, con independencia del tipo de personal que intervenga en su designación o composición.

Modernizar la normativa procesal laboral facilita, en consecuencia, el efectivo cumplimiento de las políticas de promoción de la salud y seguridad en el lugar de trabajo, evita la necesidad de intervención sucesiva de diversos órdenes jurisdiccionales, que ocasiona dilaciones, gastos innecesarios y pronunciamientos diversos contradictorios, al tiempo que proporciona un marco normativo que garantice la seguridad jurídica.

Por otro lado, la unificación de la materia laboral en el orden social convierte también a éste en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y trabajadores en el ámbito de la relación de trabajo. Además de la mencionada atracción competencial de los litigios vinculados a la salud y seguridad en el trabajo, se unifica el conocimiento de cualquier otra vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas conectada a la relación laboral, como puede ser el caso del acoso.

En este punto, se pretende asimismo dar respuesta a las exigencias de la doctrina constitucional emanada de la Sentencia del Tribunal Constitucional 250/2007, de 17 de diciembre. Esta sentencia posibilita la extensión competencial del orden social frente a los terceros sujetos causantes de la vulneración de un derecho fundamental e interpreta que también puede ser sujeto activo del acoso el trabajador de una tercera empresa. Corresponde al orden social conocer de cuantas pretensiones se deduzcan al respecto, contra el empresario o contra los terceros citados, puesto que la actuación de éstos se produce en conexión directa con la relación laboral, excluyéndose expresamente por esta Ley la competencia residual que tradicionalmente ha venido asumiendo el orden jurisdiccional

civil respecto de litigios sobre daños en cuya intervención haya intervenido alguna persona distinta del directo empresario o empleador.

Otra de las cuestiones de mayor trascendencia en el ámbito laboral es la impugnación de los actos administrativos, singulares o generales, en materia laboral y de seguridad social y, en especial, de las resoluciones contractuales colectivas por causas objetivas, por lo que, por último, se especifica su atribución al orden social. Esta Ley pretende clarificar la jurisdicción competente sobre las esenciales materias relativas a la asistencia y protección social pública, asignando al orden jurisdiccional social, las relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad y las incluidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y continuando las restantes como objeto de conocimiento del orden contencioso-administrativo. Con ello se adapta la normativa procesal laboral a la doctrina constitucional en su interpretación de la protección social, conforme al artículo 41 de la Constitución y, de esta manera, la jurisdicción social queda configurada como el juez natural de todas las esenciales políticas públicas relativas a la protección social.”.

La claridad y precisión delimitadora de la exposición de motivos no ofrece duda, la interpretación extensiva de las previsiones del artículo 2º n) resulta absolutamente ilegal, por su colisión directa con las previsiones del artículo 1.1 de la LJCA y no ajustarse a la finalidad de la norma, y por ello, debemos rechazar de plano, la pretensión de esa Sala de reclamar competencia sobre toda clase de actos administrativos relacionados con procesos selectivos.

Quinto. Pero a todo lo anterior, por si no fuera suficiente, debemos destacar, la última “ocurrencia” de la Sala en su sentencia, cuando anticipa y deja abierta la puerta a reclamar su competencia exclusiva para

el control de las ofertas de empleo público, procedimiento administrativo de elaboración y aprobación de bases y convocatorias y desarrollo de los procesos selectivos siempre que afecten a personal laboral, ya que consideran que son materias conexas a su orden jurisdiccional.

Como podemos apreciar la Jurisdicción Social cada día se supera en sus incoherencias y dislates, por si no hubiera sido suficiente con el caballo de Troya que crearon con la figura del personal “indefinido no fijo”, y que solo ha servido para crear un foco de conflicto, daños a los derechos de los ciudadanos e inseguridad jurídica, ahora nos encontramos con este nuevo conflicto innecesario e irracional, si bien, parece que el tema no finaliza pues a continuación veremos otra nueva “ocurrencia” de esta misma Jurisdicción, que atenta directamente al orden social, me refiero a la exención del cumplimiento de cualquier exigencia legal para la selección de personal laboral en el Sector Público.

Por último, procede realizar otra reflexión sobre otra cuestión directamente relacionada a la vista de lo expuesto, ¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer las reclamaciones contra las decisiones de gestión de las Bolsas de trabajo de personal laboral temporal?

Lógicamente en este caso nos encontramos con el mismo problema de invasión competencial por parte de la Jurisdicción social. En efecto, a lo largo de estos años podemos destacar que se ha mantenido sin discusión la competencia del orden contencioso¹³, pudiendo reseñar al respecto múltiples pronunciamientos a favor de la Jurisdicción contenciosa¹⁴.

¹³ A este respecto nos remitimos a lo expuesto de forma más amplia en nuestro trabajo, FONDEVILA ANTOLIN, J. (2018), Op. cit., págs. 563 y ss.

¹⁴ Entre otros muchos: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sentencia 71/2013, de 30 de enero (LA LEY 38154/2013); Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears, Sentencia 648/2013, de 30 de septiembre (LA LEY 149031/2013); Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sentencia núm. 793/2017

Pues bien, este ámbito ha sido precisamente el conejillo de indias que ha utilizado el Tribunal Supremo, antes de dictar la desgarradora sentencia anterior, eso sí, amparándose también en que la formulación de la demanda surge no de una reclamación individual sino de un conflicto colectivo, así, la Sección 1ª de la sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 abril 2015 (LA LEY 99984/2015)¹⁵, y también destaca en este mismo sentido, el pronunciamiento del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su Sentencia de 5 octubre de 2016 (LA LEY 161326/2016), que

de 28 diciembre (LA LEY 208074/2017); Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, Sentencia núm. 502/2015 de 17 julio (LA LEY 164382/2015) y Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sentencia 576/2017 de 27 de octubre (LA LEY 184462/2017).

¹⁵ Tribunal Supremo, Sección 1ª de la sala de lo Social Sentencia de 28 abril 2015 (LA LEY 99984/2015).

«Como ya pusieron de relieve las sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 1997 (recurso 2372/97) y de 19 de enero de 1999 (recurso 1857/98 (LA LEY 3134/1999)), en este tipo de casos no se cuestionan jurisdiccionalmente verdaderos derechos adquiridos a los puestos de trabajo en cuestión, sino solamente meras "expectativas de derechos" a los mismos. Y siendo esto así, frente a lo en ellas sostenido, la incompetencia de la Jurisdicción es clara, puesto que dichas meras "expectativas" ni siquiera pueden fundar la existencia de un precontrato que de existir, sí quedaría comprendido en el ámbito del Orden Social de la Jurisdicción; todo ello con independencia de que las "listas" controvertidas hayan sido elaboradas por la Administración Pública, bien en virtud de reglas o bases contenidas en normas reglamentarias, bien como consecuencia de acuerdos con las Organizaciones sindicales.

Esta doctrina de la Sala puede entenderse modificada por la entrada en vigor de la disposición contenida en la letra n), del art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LA LEY 19110/2011) (LRJS), que atribuye a esta jurisdicción el conocimiento de las «demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional».

Por otra parte, en todos estos casos resueltos por la jurisprudencia que acabamos de mencionar se trata de procesos ordinarios planteados individualmente por personas que figuraban en las listas o bolsas de trabajo reclamando su mejor derecho respecto a la persona nombrada y discutiendo jurídicamente esta cuestión frente a la Administración contratante y a la persona a la que se considera indebidamente contratada. Pero en el supuesto ahora debatido se plantea un conflicto colectivo por los representantes legales y sindicales de los trabajadores integrantes de las referidas bolsas de trabajo, para exigir —en lo que a la reclamación principal se refiere— que en la contratación se siga por la Administración demandada, en su actuación como empresa, el orden de preferencia derivado de la puntuación de cada uno, establecido en el art. 19.1 del Convenio Colectivo».

reitera la misma argumentación, también utilizando la vía de escape de que estamos en presencia de un «conflicto colectivo», y no de una reclamación individual, y como único argumento transcribe la literalidad del artículo 2 n) de la Ley de la Jurisdicción Social.

Por lo tanto, parece que la voracidad de la jurisdicción social se extiende también a la gestión de las bolsas de empleo y esta pretensión de la jurisdicción social parece que es reflejo del permanente enfrentamiento con la jurisdicción contenciosa, que hay que reconocer, está ganando la primera por inacción de la segunda.

5. La patente de curso otorgada por la Jurisdicción social para la arbitraria contratación del personal de las sociedades públicas (ATS 1067/2019, de 24 de enero (Sala de lo Social)¹⁶

Nos encontramos ante unas decisiones judiciales de gran transcendencia jurídica y social, ya que conforme declara el Auto del Tribunal Supremo, este asume la declaración del TSJ de Madrid: *«al personal laboral que presta servicios por cuenta y orden de sociedades mercantiles públicas — sector público empresarial— independientemente de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los arts. 23.2 y 103.3 de la CE, ni tampoco el EBEP, lo que determina el éxito del recurso y que se califique la relación en la empresa de carácter indefinido»*.

La argumentación jurídica del Auto del Tribunal Supremo y de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que siguen la misma

¹⁶ Esta cuestión ha sido objeto de un estudio más profundo en otros trabajos a los cuales me remito, FONDEVILA ANTOLIN, J., (2019), "La patente de curso otorgada por la jurisdicción social para la arbitraria contratación del personal de las sociedades públicas", *Revista Actualidad Administrativa* n° 7-8, julio-agosto, 2019, y en *Diario La Ley*, N° 9450, Sección Temas de hoy, 5 de Julio de 2019, Wolters Kluwer, y aún con mayor amplitud en "El cuestionable amparo de la Jurisdicción Social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas", *Revista Vasca de Gestión de personas y organizaciones públicas*, n° 17 (2019), en prensa.

línea de consideraciones, conforme lo expuesto anteriormente, no aportan justificación alguna de cuáles son las razones por las que quiebran en su argumentación todas las reglas de la hermenéutica, además de presentar claras deficiencias interpretativas en la aplicación del ordenamiento jurídico vigente.

Así, nos encontramos que este Auto del Tribunal Supremo y las citadas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, obvian una cuestión esencial y determinante en su argumentación, en concreto, el carácter de legislación básica del TREBEP, lo que supone que cualquier legislación general o específica proveniente cualquier administración territorial, incluido también el Estado Central en la legislación referida a su propio ámbito subjetivo, está sometida a las previsiones de la legislación básica que incorpora un nuevo régimen jurídico básico de aplicación obligada, e incluso podríamos hablar de directo desplazamiento de cualquier legislación preexistente que colisione con sus mandatos, si bien, con las matizaciones que al respecto a incorporado el Tribunal Constitucional¹⁷, pero es que además en este caso no hay colisión sino en todo caso ausencia de regulación, que resulta complementada por las nuevas previsiones del TREBEP.

Además, hemos comprobado que tras examinar el proceso de elaboración y tramitación parlamentaria del EBEP, así como la doctrina académica pacífica, tanto administrativa como laboral, y el examen de la legislación general, que con relación al concepto «sector público», término recogido expresamente en la Disp. Adicional primera del TREBEP, nos encontramos

¹⁷ Sobre la funcionalidad y alcance la legislación básica nos remitimos a nuestro trabajo FONDEVILA ANTOLIN, J. (2005), «Reflexiones en torno al informe para la preparación de un Estatuto Básico del empleado público: especial referencia a la propuesta de reducción del contenido y alcance de lo básico», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*; MAP-INAP; n.º 298-299.

ante un concepto legal, perfectamente delimitado, en cuyo seno existen varios subsectores, entre la que se encuentra el sector público empresarial, de forma que resultaría de aplicación necesaria las reglas «*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*» y como complemento «*in claris non fit interpretatio*», además de la incorporación de la regla del criterio teleológico, y todo ello, nos lleva a una única posible conclusión, que no es otra que considerar que las sociedades públicas se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación de la Disposición adicional primera del TREBEP, ya que el concepto legal de sector público comprende todos los subsectores. Algo que el Tribunal Supremo rechaza de forma tácita (dado que no aporta explicación alguna a esa discriminación), lo que resulta inexplicable conforme las reglas de interpretación normativa.

A lo anteriormente expuesto, debemos añadir las deficiencias aplicativas de la normativa utilizada por los tribunales, todas ellas anteriores a la entrada en vigor del EBEP, en concreto, nos referimos a la LOFAGE y la LPAP, y ello, por cuanto, como hemos acreditado anteriormente, en primer lugar, esa normativa solo despliega sus efectos en el ámbito de la administración del Estado Central, y en segundo lugar, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que la LOFAGE se encuentra derogada de forma expresa por la LRJSP, la cual curiosamente ya incorpora en su nueva regulación las exigencias del TREBEP, lo que no significa que en este punto no se encontraran ya superadas desde el año 2007 por aplicación debida de la legislación básica.

Desde luego, parece que el Tribunal Supremo no tiene en cuenta que el tema no está residenciado en la equiparación o no de ámbitos de cada subsector y sus diferencias de naturaleza o régimen jurídico de gestión, y ello, por cuanto, y está es la clave, la aprobación del EBEP y más en concreto, su disposición adicional primera, tiene precisamente la finalidad de poner coto al proceso de huida del derecho administrativo y de

despilfarro económico y social sin control del subsector empresarial, y por ello, decide establecer un régimen general y común al conjunto del sector público, sin distinciones ni especialidades, salvo las ya previstas en la citada disposición adicional, y ello, encuentra su fundamento en el orden axiológico constitucional, que también rechaza el Tribunal Supremo, eso sí, sin aportar tampoco argumento jurídico alguno, y sobre esta cuestión dada su extensión y complejidad nos remitimos para un examen más completo a López Gómez¹⁸ y Fondevila Antolín¹⁹, pero dicho esto es precisamente la existencia de un orden constitucional el que determina el sometimiento de todo el sector público a los principios constitucionales de legalidad, Objetividad e interdicción de la arbitrariedad, lo que conlleva asimismo la necesaria aplicación del artículo 103.3 de la CE²⁰.

Por lo tanto, si jurídicamente parece que la cuestión ofrece poco margen para la discusión en cuanto al cuestionamiento de estas sentencias por la ausencia de fundamento tanto en los criterios interpretativos utilizados, como en especial de justificación legal de las mismas, no podemos evitar preguntarnos si no estamos en presencia de una manifestación del tradicional conflicto sobre ámbitos competenciales entre jurisdicciones social y contencioso-administrativo en el ámbito del empleo público que venimos exponiendo, que en una reiterada interpretación excesiva, injusta y no acorde con el orden constitucional por parte de la Jurisdicción Social de un principio exclusivo del Derecho Laboral (carácter tuitivo del mismo), que no ostenta naturaleza constitucional, está pretende imponer este principio simplemente ordinamental, en el sentido clásico definido por

¹⁸ LÓPEZ GÓMEZ, J.M. (2009), *"La Relación laboral especial de empleo público"*, Thomson-Reuters/Civitas, Madrid, págs. 117 y ss.

¹⁹ FONDEVILA ANTOLIN, J. (2000), Op. cit., págs. 201 y ss.

²⁰ PAREJO ALFONSO, L. (1983), *"Estado Social y Administración Pública (los postulados constitucionales de la reforma administrativa)"*, Civitas, Madrid.

Santi Romano, sobre los principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad, eficacia, objetividad, e interdicción de la arbitrariedad), que resultan rechazados de forma expresa en esas sentencias, lo que supone un grave deterioro para el eficaz y profesional desarrollo de nuestras administraciones públicas, en sentido lato, mandato expreso del artículo 103.1 CE que se proyecta sobre todo el sector público. Ante este panorama jurisprudencial y su análisis, este nos lleva a considerar que estamos en presencia una actuación planificada para obviar los principios constitucionales, en beneficio de principios simplemente ordinamentales sin la obligada y necesaria ponderación de las graves consecuencias de esas decisiones para el presupuesto público y los derechos y expectativas de los ciudadanos en el acceso al empleo público, pues aunque se quiera negar lo obvio, estamos en presencia de empleados públicos, ya que los mismos perciben sus salarios con cargo directa o indirectamente a los presupuestos generales de las administraciones públicas.

Expuestas las conclusiones de carácter jurídico, es preciso también realizar una valoración social de las graves consecuencias de esta línea jurisprudencial, en concreto:

a) Por medio de este Auto y sentencias se otorga patente de corso a los gestores directivos de las sociedades públicas para que con los fondos públicos provenientes de los presupuestos generales de cada administración, se pueda reclutar de forma arbitraria y sin control alguno a cualquier persona, sin resultar necesario que acrediten mérito o capacidad alguna, además de que con ello, se limite de forma arbitraria las posibilidades de cualquier ciudadano a optar al acceso a uno de estos puestos. Es decir, en «*roman paladino*», cualquier gestor público, sin objeción alguna podrá contratar con carácter de indefinido a toda su familia, en todos los grados, como asimismo a amigos, conocidos o, la vieja y consolidada institución nacional de los «recomendados» por aquellos a los que debe su designación como gestor, recordemos que

pasados 12 años seguimos a la espera de un Estatuto del Personal Directivo profesional. Lógicamente, las consideraciones anteriores no suponen que nuestra valoración suponga una generalización peyorativa sobre la actividad de los responsables gestores de sociedades públicas, que seguro resultaría injusta, sino que nos limitamos a detectar y advertir de un problema ya viejo y repetido en nuestro país.

b) Resulta muy doloroso que en pleno siglo XXI, y tras una crisis económica que ha arrasado a nuestro país, precisamente, entre otras causas, por el clientelismo, despilfarro y corrupción en nuestras administraciones, ahora nos encontremos que en vez de dar los necesarios pasos para una reforma que suponga una profesionalización y renovación del Sector público en su integridad para garantizar los intereses generales (a este respecto resultan de gran interés diversos trabajos de Jiménez Asensio²¹ y Ramió²²), nos encontremos con una vuelta a los modelos clientelares y arbitrarios del siglo XIX y XX, y ello, a pesar de los mandatos constitucionales, y en especial, el principio de la interdicción de la arbitrariedad.

Finalmente, esto no acaba aquí, sino que a la vista de la actual y problemática situación de la subrogación del personal de las sociedades públicas, como consecuencia de la asunción por la Jurisdicción Social de la

²¹ JIMENEZ ASENSIO, R. (2018), entre otros trabajos, «Repensar» la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º. Extra 2, 2018, págs. 8-29, también, “España, ¿un país sin frenos?” (2015), *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º. 56, 2015, págs. 36-55, y finalmente, “Ética pública, política y alta administración. Los códigos éticos como vía para reforzar el buen gobierno, la calidad democrática y la confianza de la ciudadanía en las instituciones”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º. 5, 2013, págs. 45-67.

²² RAMIO MATAS, C., (2016), “La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España”, Los libros de la Catarata, Madrid, también, (2015), “Administración pública y crisis institucional: estrategias de reforma e innovación para España y América Latina”, Tecnos, Madrid, y finalmente su último trabajo, (2019), “Inteligencia artificial y Administración pública Robots y humanos compartiendo el servicio público”, Los libros de la Catarata, Madrid.

doctrina del TJUE²³, en poco tiempo este personal, sin prueba alguna ni control, pasara a la condición de empleado público laboral de las correspondientes administraciones generales, y tras conseguir la primera fase, por exigencias sindicales se procederá a convocar la correspondiente promoción cruzada, mediante pruebas mínimas o simples cursos formativos, «aparentemente y formalmente» selectivos, y accederán a la condición de funcionarios de carrera. Así pues, debemos preguntarnos: Quo Vadis?, administración pública, y la respuesta es un sonoro silencio.

II. LOS INDEFINIDOS NO FIJOS DE PLANTILLA: una solución o realmente una generación de más problemas para el empleo público.

1. Una crítica a la vis expansiva de la Jurisdicción social con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del indefinido no fijo²⁴.

Lo primero que llama la atención es la inexplicable "vis expansiva" de la jurisdicción social sobre el empleo público con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del indefinido no fijo, ya que, como se ha podido apreciar en todos los supuestos existe siempre de forma previa, como no podía ser de otra manera, una decisión o actuación administrativa (recuerdo que el acto administrativo tácito es una figura reconocida por nuestra jurisprudencia)

²³ De inicio la STJUE de 20 de enero de 2011 (Asunto V-463/2009) y en especial, la reciente STJUE 13 de junio 2019 (C-317/18), Asunto Correia Moreira, en el marco de la aplicación de la Directiva 2001/23 a un supuesto de reversión («internalización») de un servicio a un Ayuntamiento. Asimismo, resulta interesante la lectura de MAURI MAJÓS, J. (2017), “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”, *Revista Cuadernos de Derecho Local*, nº 43, y también CASTILLO BLANCO, F. (2017), “La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales”, CEMICAL, Barcelona.

²⁴ Esta cuestión ha sido objeto de un estudio más amplio y detallado en otro trabajo, FONDEVILA ANTOLIN, J. (2018), “Problemas y soluciones al empleo público actual: Una Valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP”, Editorial CEMCI – Granada, págs. 195 y ss.

por lo cual de forma previa a la formalización de la relación jurídica laboral se toma una decisión, da lo mismo que esta afecte a la renovación contractual, utilización de un tipo de contrato inadecuado legalmente, como a un uso en fraude de ley de las condiciones de un contrato administrativo (contrato de servicios), en todas estas actuaciones existe una actuación previa de la administración, y estas por su propia naturaleza se encuentran residenciadas en el orden contencioso administrativo y no en el orden social.

Así, debo recordar que tanto por aplicación de la conocida doctrina de los "actos separables", como en especial por la propia doctrina consolidada de nuestros tribunales que excluyen de la competencia del orden social todos los procesos selectivos, en concreto, me refiero al recurso para unificación de doctrina que resolvió la Sala General del Tribunal Supremo que emitió dos sentencias el 14 de octubre de 2000 (Recursos nº 3647/1998 y 5003/1998), declarando la incompetencia de la Jurisdicción Social, la doctrina unificada por las mencionadas sentencias del Pleno de la Sala, fue seguida luego por otras, como la de 7 de febrero de 2003 (Rec nº 1585/2002) y la de 3 de mayo de 2006 (Rec nº 642/2005), que atribuye el conocimiento de estas cuestiones al orden jurisdiccional contencioso administrativo, basándose en unas razones que resultan de directa aplicación a este caso, es cierto, que en el caso de procesos de encadenamiento de contratos se podría argumentar la existencia previa de una relación contractual, pero precisamente porque la misma se ha extinguido es por lo que se produce la renovación, y esto supone la constitución de una nueva relación jurídica, que desde el criterio del orden contencioso administrativo resulta clara la competencia para examinar la legalidad de la decisión adoptada por la administración. Estas declaraciones jurisdiccionales se han mantenido en el mismo sentido, en posteriores pronunciamientos de diferentes Tribunales Superiores, así podemos destacar Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5ª, sentencia de 9 dic. 2009, Rec. nº 3892/2009 y Tribunal

Supremo, Sala de lo Social, sentencia de 12 de mayo de 2011, Rec. Casación nº 101/2010.

Entiendo que la actual configuración tanto de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su artículo 3, en concordancia con el artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, no impiden esta interpretación, y en todo caso, si se quiere ser efectivo y de una vez por todas poner freno a este profundo cáncer, de lege ferenda, modifíquese esta cuestión y se reconozca claramente la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa al respecto, pero reitero que no lo estimo necesario ya que simplemente estamos en presencia de un proceso de vis expansiva sin justificación alguna por parte de la jurisdicción social, aunque desde luego en estos momentos supongo que salvo por decisión normativa nadie va a querer renunciar a este juguete. Lógicamente la consecuencia en todos estos casos sería la nulidad de pleno derecho de la actuación administrativa, pues entre otras cosas se estaría violando derechos constitucionales susceptibles de especial protección constitucional (art. 18 y 23.2 CE), y como consecuencia de ello, la inexistencia del acto "efectos ex nunc" que conlleva también la desaparición de cualquier acto posterior.

Esta posición parece que es compartida en parte por Sala Franco como he señalado anteriormente, si bien, este la limita para los casos en que se haya producido una contratación de forma directa por la Administración prescindiendo de cualquier procedimiento de selección, por lo cual el contrato celebrado en esas circunstancias debería calificarse como nulo, y añade que también procedería aplicar las previsiones del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, pagando al trabajador la remuneración correspondiente a los servicios prestados y extinguiendo la relación laboral, añadiendo que en estos supuestos, si la causa de nulidad no es imputable al trabajador, éste podrá exigir la correspondiente

indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración. Pues bien, estas últimas consideraciones formuladas por Sala son compartidas, entiendo que resulta razonable y comprensible la exigencias de responsabilidades y elementos indemnizatorios, siempre que quede acreditada la buena fe del trabajador, aunque ese es otro cantar, pero sigo manteniendo que el ámbito expansivo de situaciones y actuaciones administrativas que dan soporte fáctico a la figura del indefinido no fijo también se encuentran sometidas como he explicado al régimen previo de la jurisdicción contenciosa, por aplicación de la institución de la responsabilidad patrimonial de la administración.

Y finalmente, solo mencionar que la creación de este instrumento distorsionador, cuya configuración y construcción de su Estatuto Jurídico se está realizando a golpe de los vaivenes de los debates internos de la jurisprudencia Social, lo que supone una fuente de permanentes conflictos y de ausencia de seguridad jurídica, así, a título meramente ejemplificativo, la naturaleza de su relación que ha pasado de contrato no sometido a término sino a una condición resolutoria implícita (cobertura reglamentaria de la plaza) a considerar ahora que el contrato indefinido no fijo no es temporal (pero tampoco fijo), sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2017, rcud. nº 1664/2015, y para rematar la faena del desquiciamiento jurisprudencial, los trabajadores indefinidos no fijos se equiparán a los temporales a efectos de merecer la tutela antidiscriminatoria de la Directiva 1999/70/CE: sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2018, rec. nº 27/2017, qué más podemos añadir, sin comentarios.

Así, ante la grave situación de disfunción absoluta en la gestión de recursos humanos debido a la incorporación de este nefasto instrumento que no ha resuelto nada desde un punto de vista de mejora del servicio público y de garantías en el acceso al empleo público, y tampoco ha

aportado solución alguna a la resolución del conflicto sobre la excesiva temporalidad, sino que, al contrario, la ha fomentado, y además mediante decisiones espurias, que han rozado en muchas ocasiones la desviación de poder y la arbitrariedad. Y, por otro lado, tampoco ha permitido evitar el debate y sentencias parcialmente condenatorias por parte del TJUE. Por ello, estimo que es necesario adoptar medidas claras y contundentes con respecto a las decisiones políticas y administrativas que son origen de este dislate jurídico y organizativo, y estas, a mi juicio, deberían centrarse especialmente en el ámbito de la exigencia de las responsabilidades de autoridades y funcionarios²⁵, y asimismo, incorporar otras que obliguen a

²⁵ A este respecto se debería tomar como referencia las medidas adoptadas por Italia y Grecia, que por cierto el TJUE ha considerado suficientes y adecuadas, en los términos previstos en el Acuerdo Marco y la Directiva 1999/70/CE:

1. Derecho Griego. Asunto Angelidaky

Existe una prohibición de conversión en el art. 103.2 y 8 de la Constitución de la República Helénica.²⁵ Por lo que se refiere a las medidas para prevenir y sancionar los abusos en la contratación temporal, el Decreto Presidencial 164/2004, por el que se establecen disposiciones relativas a los trabajadores con contratos de duración determinada en el sector público (FEK A 134/19.7.2004), adaptó a la Directiva 1999/70 la legislación helénica aplicable al personal del Estado y del sector público en sentido amplio:

a) Prohibición de contratos sucesivos.

El art. 5 del Decreto Presidencial 164/2004 está redactado en los siguientes términos:

“Contratos sucesivos: 1. Quedan prohibidos los contratos sucesivos celebrados y ejecutados entre el mismo empleador y el mismo trabajador en una actividad idéntica o similar y bajo condiciones laborales idénticas o similares cuando el intervalo entre estos contratos sea inferior a tres meses. 2. Excepcionalmente se permitirá celebrar estos contratos en los supuestos en que estén justificados por una razón objetiva. Existe una razón objetiva cuando los contratos que sigan al contrato inicial se celebren para atender necesidades especiales del mismo tipo, que guarden conexión directa e inmediata con las características, la naturaleza o la actividad de la empresa. [...]. 4. El número de contratos sucesivos no podrá ser, en ningún caso, superior a tres, salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo siguiente”.

b) Duración máxima de los contratos temporales.

El art. 6 de dicho Decreto establece:

“Duración máxima: 1. Los contratos sucesivos celebrados y ejecutados entre el mismo empleador y el mismo trabajador en una actividad idéntica o similar y bajo condiciones laborales idénticas o similares,

no podrán exceder de un período total de empleo de veinticuatro meses, con independencia de que se celebren en aplicación del artículo precedente o de otras disposiciones de la legislación vigente. 2. La duración total del período de empleo sólo podrá exceder de veinticuatro meses cuando se trate de categorías especiales de trabajadores, en atención a la naturaleza y a las características de la prestación laboral, previstas en la legislación vigente, como, en particular, en el caso de los directivos, de los trabajadores contratados en el marco de un programa específico de investigación o de programas subvencionados o financiados, y de los trabajadores contratados para la realización de trabajos vinculados al cumplimiento de obligaciones derivadas de convenios celebrados con organismos internacionales”.

c) Sanciones por incumplimiento.

El art. 7 del Decreto Presidencial 164/2004 dispone:

“Sanciones del incumplimiento: 1. Todo contrato celebrado en infracción de las disposiciones de los artículos 5 y 6 del presente Decreto es nulo de pleno derecho. 2. En caso de que el contrato nulo se haya ejecutado total o parcialmente se abonarán al trabajador las cantidades de dinero que se le adeuden con arreglo a dicho contrato y las cantidades eventualmente pagadas no serán repetibles. El trabajador tiene derecho, en concepto de indemnización por el período en que fue ejecutado el contrato de trabajo nulo, a percibir la cantidad a la que tendría derecho un trabajador equivalente con un contrato por tiempo indefinido en caso de rescisión de su contrato. Si hay más de un contrato nulo, el período considerado a efectos del cálculo de la indemnización del daño es la duración total del período de empleo con arreglo a los contratos nulos. Las cantidades de dinero pagadas por el empresario al trabajador se imputarán al responsable. 3. El infractor de las disposiciones de los artículos 5 y 6 del presente Decreto será castigado con la pena de reclusión [...]. Si la infracción es culposa, el responsable será castigado con la pena de reclusión de hasta un año. La misma infracción constituye paralelamente una falta de disciplina grave”.

Como puede apreciarse la prohibición de conversión está compensada por lo siguiente: una regulación detallada de las condiciones para concertar contratos de duración determinada, así como el establecimiento de límites claros y precisos. Y en el caso de incumplimiento, se prevén sanciones también concretas.

2. Derecho Italiano. Vasallo - Asunto Marrosu Sardino

El art. 36 del Decreto Legislativo núm. 165, de 30 de marzo de 2001, por el que se establecen normas generales relativas a la ordenación del trabajo en las Administraciones públicas establece una habilitación genérica a la Administración para el empleo de contratos de duración determinada, así como una prohibición de conversión:

“1. Las Administraciones públicas podrán utilizar, siempre que respeten las disposiciones en materia de selección de personal contenidas en los apartados anteriores, las formas contractuales flexibles para la selección y empleo del personal previstas en el Código Civil y en la legislación relativa al trabajo por cuenta ajena en la empresa. Los convenios colectivos nacionales regularán los contratos de duración determinada, los contratos de formación y empleo, las demás relaciones de formación y de prestación de servicios de trabajo temporal [...].

regularizar de forma inmediata cualquier situación ilegal o irregular en la contratación, con pleno respeto a los principios constitucionales y de acceso al empleo público, y no me refiero a procesos de consolidación, sino a puras y duras convocatorias de oposición libre.

Aunque el objeto de esta intervención se encuentra limitado con relación a un examen amplio de la figura del indefinido no fijo, y los procesos de reconocimiento de esa condición y su posible transformación en fijos ya que esta materia ha sido examinada por otros ponentes de forma amplia y detallada, no podemos evitar formular algunas consideraciones/propuestas al respecto:

1. La primera medida que debería adoptarse debería comenzar por la reforma del TREBEP, suprimiendo en sus artículos 8 y 11 cualquier referencia a los contratados laborales "indefinidos". Asimismo, incorporar por medio de una disposición transitoria el régimen jurídico aplicable (derechos, obligaciones, extinción y régimen de indemnizaciones) aplicable a esta clase de personal, que quedaría como una figura a extinguir.

2. En cualquier caso, la infracción por parte de las Administraciones públicas de las disposiciones imperativas relativas a la contratación o al empleo de trabajadores no podrá dar lugar a la constitución de relaciones laborales por tiempo indefinido con dichas Administraciones públicas, sin perjuicio de cualquier responsabilidad o sanción aplicables. El trabajador interesado tendrá derecho al resarcimiento de los daños derivados de la prestación de trabajo efectuada en contra de lo establecido en las disposiciones imperativas. Cuando la infracción sea imputable a dolo o culpa grave, las Administraciones recuperarán las sumas abonadas por dicho concepto de los directivos responsables”.

Por un lado, se prohíbe la conversión y por otra se establecen sanciones para el caso de que se incumplan las condiciones previstas en la regulación general para la contratación de duración determinada. Estas medidas son consideradas formalmente por el TJUE como efectivas para evitar y sancionar el uso abusivo de la contratación temporal de la Administración.

2. También resultaría necesario modificar el TREBEP incorporando dos previsiones, en primer lugar, la prohibición expresa de transformación de oficio o a instancia del trabajador de cualquier relación jurídica nacida de forma ilegal o en fraude de ley, estableciendo expresamente que esa clase de actuación deberá ser considerada nula de pleno derecho, con los efectos previstos en la LPAC. Lo que debería complementarse a su vez con una regulación sobre la exigencia de responsabilidades administrativas, disciplinarias y penales para las autoridades y funcionarios que incumplan estas previsiones, aunque no podemos olvidar que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial la vía de regreso es prácticamente desconocida en su uso por dejación de los órganos políticos.

Esta propuesta formulada hace tiempo por mi parte en otros trabajos ha recibido confirmación legislativa en las Leyes 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y la Ley 6/2018 de Presupuestos Generales del Estado, en concreto en sus Disposiciones adicionales 34ª y 43ª respectivamente, que regulan la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral, medida que recibimos con una sensación agrídulce, ante la ausencia de una regulación expresa de un procedimiento básico de exigencia de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, o económica por alcance ante el Tribunal de Cuentas, y ello, con independencia de las posibles responsabilidades penales, exigibles mediante la correspondiente denuncia ante la Fiscalía.

A esta ausencia debemos añadir que lógicamente cuando la responsabilidad sea exigible a un órgano político nada se dice sobre que procedimiento debe utilizarse ni tampoco quienes podrían instar la exigencia de las responsabilidades, es cierto, que existe una remisión general a la legislación de cada administración, pero esto nos lleva, a dejar en manos de quienes pueden ser enjuiciados la toma de la decisión, es

decir, juez y parte, sinceramente estimo que este artículo presenta muchos vacíos que hace cuestionarse la verdadera efectividad del mismo, de manera que parece más bien, un intento de cobertura formal ante las sentencias del TJUE (cuestión que examinaremos con mayor detalle en otro apartado posterior) que una auténtica voluntad de luchar contra el abuso de la contratación temporal.

3. De forma complementaria debería añadirse al TREBEP la obligación legal de incorporar estas plazas en la siguiente oferta de empleo público, y si son las únicas, exigir una oferta específica para ellas, sin posibilidad alguna de que se alegue o utilice la excepción de la nefasta figura de la tasa de reposición de efectivos. Asimismo, en la convocatoria del correspondiente proceso selectivo debería autorizarse solo el sistema de oposición libre, no resultando posible la utilización de ningún otro sistema (concurso o concurso-oposición), y por supuesto, prohibir la valoración de cualquier mérito proveniente de esta situación ilegal. Esta previsión debería aplicarse de forma obligatoria y con advertencia de las correspondientes responsabilidades a todas las administraciones que cuenten con personal indefinido no fijo, tanto por reconocimiento de oficio como por declaración judicial.

2. La equiparación de condiciones laborales de los indefinidos no fijos con los empleados laborales fijos en el empleo público.

La Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, ha generado en los últimos años una serie de consecuencias destacadas sobre el régimen jurídico hasta ahora aplicable a los empleados públicos temporales al servicio de las administraciones públicas, la equiparación entre empleados públicos fijos y temporales ha sido una tendencia que se ha impuesto como consecuencia del efecto directo reconocido a la cláusula 4.1 de la Directiva. En España esto ha permitido la equiparación en materia de trienios, sexenios, carrera

profesional y otras condiciones laborales que no justifican un trato discriminatorio dispensado tradicionalmente por la legislación española. Más complicado ha sido resolver la cuestión de la equiparación entre fijos y temporales en la indemnización por cese derivada, precisamente, de los distintos regímenes de los empleados públicos funcionarios, estatutarios, laborales o incluso eventuales, es decir, nombramientos de confianza.

a) El Efecto directo de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP.

De conformidad con la cláusula 4.1 del Acuerdo: «Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».

Desde muy pronto el Tribunal de Justicia confirmó el efecto directo de esta cláusula y, consecuentemente, sus implicaciones desde un punto de vista judicial.

Por una parte, en la *sentencia del Cerro Alonso* el Tribunal de Justicia subrayó que se trata de un «*principio de Derecho social comunitario [que] no puede ser interpretado de manera restrictiva*», y también explica: «*el Acuerdo marco tiene por objeto la aplicación del principio de no discriminación a los trabajadores con un contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida*» (apartados 38 y 37).

Por otra parte, en la *sentencia Impact* el Tribunal de Justicia indicó que la cláusula 4.1 del Acuerdo marco «*es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional*» (apartado 68).

Por si quedase alguna duda el Tribunal de Justicia explica que el principio de no discriminación de la Directiva establece una reserva relativa a las justificaciones basadas en razones objetivas, pero «*la aplicación de esta reserva es susceptible de control jurisdiccional*» (apartados 63 y 64).

b) La exigencia de la Jurisdicción Social supone el incumplimiento de la legislación administrativa y presupuestaria, en cuanto a la reserva y ejercicio de funciones por indefinidos no fijos en puestos de funcionarios.

La situación a la que nos enfrentamos con relación al personal laboral indefinido que en los últimos años están desarrollando todo tipo de argucias para mantener su permanencia en las administraciones públicas, a pesar de su acceso ilegal, es realmente complicada, sobre todo por los desconcertantes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, resultando esta cuestión a examen determinante para un adecuado examen posterior de la cuestión de la promoción profesional de esta clase de personal.

Así, nos encontramos que, a pesar de los intentos de algunos Tribunales Superiores de Justicia, por aplicar un criterio razonable y legal con el orden administrativo, con relación a la asignación de funciones a los diferentes puestos de la administración, el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, en su sentencia de 28 de marzo de 2019, Rec. nº 2123/2017, recientemente declaro nulo el cese del empleado laboral "Indefinido no fijo por sentencia" si es por Oferta Pública de Empleo de su puesto a plaza funcionaria, si previamente ha reclamado la adscripción a una plaza laboral, en contra de la sentencia previa del Tribunal Superior de

Justicia de Galicia de 29 de enero de 2016. En este caso una empleada del Consellería de Innovación e Industria que había obtenido en 2009 la declaración judicial de indefinida no fija, posteriormente la Xunta recalificaba su plaza de reservada a personal laboral a plaza reservada a funcionarios en el año 2008, en un proceso de ordenación de empleo público del Gobierno Gallego. La empleada indefinida no fija presentó reclamación contra esa adscripción pasados más de 3 años y solicitó ser adscrita a plaza laboral. Finalmente, esa plaza funcionarial fue objeto de oferta en un proceso selectivo, siendo cesada posteriormente al no haber superado el proceso selectivo y la plaza fue provista legalmente por el ciudadano que aprobó el proceso selectivo en el año 2015.

Pues bien, la trabajadora perdió su impugnación judicial de dicho cese tanto en el juzgado de primera instancia como en su recurso en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, pero ahora el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina de su sentencia del 13 de diciembre de 2016, rec. nº 2059/20159, quiebra toda lógica y enmienda las anteriores sentencias, señalando al respecto:

"la única vía válida para la extinción de los contratos de trabajo de los indefinidos no fijos será la de cobertura de la plaza de personal laboral que corresponda con la que ocupen en su calidad de tales, o, en su caso, la amortización de tal plaza con la exigencia de que la Administración acuda a la vía de los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores", añadiendo como colofón: "la nulidad del despido con la inmediata readmisión de la trabajadora en las condiciones que regían antes del despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde aquella fecha del cese", en base a que se dan estas tres circunstancias:

1. La Administración Pública adscribió el puesto de trabajo de un indefinido no fijo (laboral) a plaza de funcionario

2. La treballadora havia presentat reclamació prèvia sol·licitant la adscripció a plaça reservada a personal laboral
3. La treballadora fou cessada per la provisió legal de la seva plaça per un funcionari de carrera (en aquest cas per superar el procés selectiu)

Com no és suficient amb una disfuncional sentència, de nou el Tribunal Suprem, Sala de lo Social, en la seva Sentència 528/2019 de 3 de juliol de 2019, Rec. de casació per a la unificació de doctrina nº 3724/2016, reitera la seva doctrina senyalant:

"La aplicació de esta doctrina al casu porta a apreciar que la demandada ha extingit una relació laboral indefinida no fixa indebidament ja que no ha acudit a la via del art. 52 c) del ET

Debemos indicar que, aunque en la sentencia de esta Sala que acabamos de referir se había amortizado la plaza de funcionario, en la sentencia de contraste, que allí permitió entrar a conocer del recurso, el trabajador indefinido no fijo fue cesado por ocupar la plaza un funcionario de carrera -tal y como aquí sucede- lo que se equiparó, a la hora de valorar la existencia de contradicción, a una situación pura de amortización y por ello se entró a resolver en el sentido expuesto. Por tanto, en el caso que nos ocupa debe entenderse que la forma de proceder de la demandada, dotando al puesto que desempeñaba la demandante del carácter funcional, cuando ostentaba la condición de laboral indefinida no fija, y, posteriormente, procediendo al cese de la trabajadora, cuando se cubre la plaza por el funcionario de carrera, está suprimiendo un puesto laboral, aquel en el que debía permanecer la parte actora hasta que fuera adjudicada esa plaza a otro trabajador, lo que supone que la Administración ha decidido amortizar esa plaza laboral. Y si ello se ha producido, es evidente que, siguiendo la doctrina de esta Sala, debería haber acudido a la vía del art. 52 del ET para extinguir esa relación

indefinida no fija por no mantener la plaza laboral que la actora debía cubrir".

Por lo tanto, nuestro "creativo" Tribunal Supremo, Sala de lo Social, continuando con su cruzada por la laboralización total de las administraciones, y en especial, por garantizar que el personal incorporado a las administraciones, sin respeto alguno de los preceptos constitucionales establecidos en el artículo 23.2 y 103.3 de la CE, que recordemos, ahora tampoco son de aplicación a las sociedades ni fundaciones públicas según la reciente doctrina de este mismo tribunal, de forma añadida provoca y exige a las administraciones públicas la violación del ordenamiento jurídico administrativo, y ello, por lo siguiente:

a) Es preciso recordar que el Tribunal Constitucional en su STC 99/1987, realizó un *"obiter dicta"* muy claro, sobre la opción constitucional a favor de un empleo público desarrollado por funcionarios públicos en las actividades de nuestras administraciones. Pero es que además el RDL 5/2015 TREBEP en su artículo 9.2, así como la mayoría de la legislación autonómica y en especial, la legislación específica local (art. 92.2 LRBRL), prohíbe el desempeño de determinadas funciones al personal laboral, pero resulta que nos encontramos con la situación de que gran parte de este personal laboral indefinido no fijo desempeña esta clase de funciones prohibidas legalmente para ellos, en especial, en el ámbito de las entidades locales.

Un ejemplo preciso e indubitado del posible incumplimiento del ordenamiento administrativo lo encontramos en las previsiones de La Ley 39/2015 LPAC y la Ley 40/2015, al regular las oficinas de asistencia en materia de registro, y el registro de funcionarios habilitados, lo que supone que las funciones de asistencia en registro electrónico y apoderamientos "apud acta" y electrónicos, entre otras funciones, no pueden legalmente ser desempeñadas por personal laboral. A lo anterior

debemos añadir también el importante grupo de indefinidos no fijos que desempeñan puestos de trabajo cuyas funciones administrativas se refieren al asesoramiento legal, asesoramiento urbanístico, intervención directa en los procedimientos presupuestarios, funciones de inspección, gestión de subvenciones, informes en materia de asuntos sociales, entre otras muchas, funciones todas ellas que por imperativo legal (art. 9.2 TREBEP), están reservadas en exclusiva a funcionarios públicos y nunca a personal laboral.

b) La consecuencia de las conclusiones del Tribunal Supremo (sala de lo social), suponen:

1. Si se cumplen literalmente las obligaciones de este tipo de sentencia, se produciría una manifiesta infracción del ordenamiento jurídico administrativo, es decir, del régimen jurídico administrativo aplicable a las actuaciones administrativas, de forma que todas ellas resultarían nulas de pleno derecho si intervienen esos expedientes esta clase de personal, o bien, las administraciones podrían optar por duplicar todos sus puestos actuales de personal laboral indefinido no fijo, de forma que estos no desempeñen función administrativa alguna y solo se presenten a su oficina, aunque claro entonces surgirá la correspondiente demanda por "*mobing*" al no respetar su derecho a que se les asigne un trabajo, y por otro lado, crear nuevos puestos de trabajo reservados a funcionarios que son los que legalmente podrán desempeñar las funciones, pero claro entonces nos encontraremos con el problema del déficit y la regla de gasto incumpliendo las exigencias del artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, pero eso al Tribunal Supremo al parecer no le supone un problema.

2. Y por otro lado, lo que parece desprenderse de todo esto, es que el Tribunal Supremo intenta de forma indirecta, alcanzar el objetivo que la

legislación administrativa y la Constitución no permite, y que no es otro que declarar de "facto" fijos a este personal, ya que, si no es posible extinguir su relación jurídica por provisión de su plaza mediante un proceso selectivo, que debe ser reservada legalmente a funcionarios, previa adscripción provisional del indefinido no fijo a la misma por imperativo legal de sus funciones, lo único que queda, salvo el pago de indemnizaciones millonarias por despido improcedente, es mantener de forma indefinida a esa persona en el puesto (sin trabajo claro), pues no tendría sentido convocar un proceso de selección a plazas que no tienen función legal alguna asignada.

En conclusión, la Jurisdicción Social está destrozando al empleo público, la gestión eficaz y eficiente de las administraciones públicas, y en especial el futuro de la sociedad española, sinceramente estoy muy preocupado por el futuro que nos aguarda, con todo este conjunto de decisiones carentes de reflexión sistemática organizativa y afrentas al sentido común y por último, a los fondos públicos. Creo que ha llegado el momento de que nuestra clase política adopte las medidas legales precisas imprescindibles para cortar esta hemorragia, pero eso es harina de otro costal y de votos, claro.

3. La Promoción Profesional de los indefinidos no fijos, una nueva fuente de problemas: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2018.

En este apartado nos enfrentamos a una cuestión que en su concepción jurisprudencial puede parecer coherente y razonable conforme las previsiones de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, pero en un examen más profundo de la cuestión, se aprecian graves disfunciones técnico jurídicas y de delimitación del ámbito subjetivo administrativo sobre el que se intenta aplicar esta doctrina. Es muy importante tener en cuenta lo que la promoción profesional supone,

por principio, un cambio a una función superior a la que el trabajador lleva a cabo en el marco de su relación laboral y que pasa a tener un carácter definitivo. El carácter definitivo de la promoción significa que el trabajador consolida su posición en la nueva función hasta el final de su relación laboral, o antes, si se produce un nuevo ascenso.

Para un examen ordenado de los problemas que supone y genera esta sentencia, estimamos necesario realizar unas breves acotaciones a algunas cuestiones previas, así:

a) Régimen jurídico de la promoción profesional laboral.

Debemos comenzar por el breve examen del marco normativo y condiciones de la promoción profesional en el ámbito del personal laboral, así, lo primero a señalar es que estamos en presencia de un derecho a la promoción profesional del trabajador o ascenso que tiene su anclaje último en el artículo 35.1 de la Constitución Española (promoción a través del trabajo) y que se reconoce como un derecho básico en el artículo 4.2 b) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET). Por otro lado, resulta imprescindible realizar una referencia a un elemento previo a toda promoción en el ámbito laboral, en concreto, la determinación del tipo de clasificación profesional, en categorías o grupos profesionales, que se caracterizan por la determinación de las funciones que el trabajador realiza en la empresa por lo que, a falta de especificación por convenio para un ascenso, sólo existiría la obligación de encuadrar al trabajador dentro de la categoría correcta para sus funciones a desempeñar. Es esencial tener en cuenta que, sin esta ordenación previa, no será posible realizar ninguna clase de promoción profesional.

Pues bien, esta materia se encuentra regulada por las previsiones del artículo 77 del R.D.L. 5/2015 TREBEP que determina que la clasificación

del personal laboral, debe realizarse conforme determine la legislación laboral, y a este respecto debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 22 del (TRET).²⁶

Examinado el régimen legal de los requisitos previos organizativos, procede delimitar el régimen legal de la promoción interna, este se encuentra regulado inicialmente por el artículo 19 del RDL 5/2015 TREBEP, que señala:

Artículo 19. Carrera profesional y promoción del personal laboral.

- 1. El personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional.*
- 2. La carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos.*

Por lo tanto, resulta preciso examinar las previsiones del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET), y a este respecto, delimitar el concepto de “promoción profesional”, y ello, porque

²⁶ ***Artículo 22. Sistema de clasificación profesional.***

1. Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores, por medio de categorías o grupos profesionales.

2. Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador.

3. La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres.

4. Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo.

el mismo tiene un alcance especial para el ámbito funcional que no resulta trasladable al ámbito laboral, así, como señala Garrigues Jiménez²⁷, *“Esta expresión se refiere, inequívocamente —y así ha parecido entenderlo el propio ET en sus arts. 24 y 25—, al derecho del trabajador al ascenso y a la consecuente mejora de su retribución dentro de la empresa”*, lo que supone que este concepto debe referenciarse exclusivamente al ascenso y no debe confundirse con la figura de la movilidad funcional (artículo 39 TRET), que supone la habilitación de un cambio de puesto para el desempeño de diferentes funciones a las establecidas en el contrato de origen, estableciendo el citado precepto la posibilidad de desempeño de funciones inferiores como superiores (art. 39.2 TRET), siempre que se cumplan ciertos requisitos, si bien, en principio, eso no supone un ascenso de categoría o grupo profesional, salvo que se cumplan los requisitos temporales previstos en la norma, y siempre y cuando el convenio colectivo o el sistema de provisión de vacantes aplicable no establezcan previsión en sentido contrario, por lo tanto nos encontramos ante una figura legal que no se corresponde propiamente con el concepto de promoción profesional, sino que es coadyuvante de la misma, de forma que debemos centrar nuestras consideraciones sobre las previsiones del artículo 24 del TRET, que señala:

Artículo 24. Ascensos.

1. Los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

²⁷“*La organización del trabajo en la empresa II. El deber de protección del empresario*”, en (Dir. Garcia Ninet y Vicente Palacio), *Derecho del Trabajo*, 10ª edición, 2018, Aranzadi, págs. 426 y ss.; en el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A. (2019), *Derecho del Trabajo* (39ª Edición), Tecnos, Madrid, págs. 398 y ss.; también GOERLICH PESET, J.M. (2014), “Determinación de la prestación de Trabajo” en coordinadores Camps Ruíz y Ramírez Martínez, *Derecho del Trabajo* (4ª edición), Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 301 y ss.

En todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario.

2. Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación.

Es importante destacar que a tenor de lo establecido en el artículo 24.1 del TRET, los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme disponga el Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo colectivo entre los representantes de los trabajadores y la empresa. En todo caso, la promoción profesional, como ya hemos indicado, está directamente relacionada con el sistema de clasificación profesional articulado por medio de categorías y grupos profesionales.

Es preciso señalar como ya ha destacado López Gómez²⁸, que la promoción interna (ascensos) en el ámbito del empleo público laboral, a pesar de esta sometido, sin duda a la negociación colectiva en la que se establecerá el procedimiento de ascenso, así como los requisitos para optar a una plaza superior, estos se encuentran sometidos a ciertos límites:

1. Los ascensos deben de producirse con pleno respeto a los principios de mérito y capacidad, lo que supone, que en este ámbito debería desterrarse la posibilidad de la libre designación empresarial, y también el ascenso automático²⁹.

²⁸ LÓPEZ GÓMEZ, J.M. (2009), Op. cit., págs. 225 y ss.

²⁹ LÓPEZ GÓMEZ, J.M. (2009), Op. cit. pág. 230.

2. Asimismo, se debe de garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecer medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación.

b) Breve excursus sobre las diferentes modalidades de promoción profesional laboral.³⁰

A la vista de lo expuesto anteriormente, resulta esencial para una correcta comprensión de los errores y disfunciones de la sentencia que analizaremos posteriormente, realizar una clasificación de los diferentes ámbitos materiales y funcionales de la promoción profesional en el ámbito laboral, que presenta características y contenidos claramente diferenciados con el ámbito funcional, en concreto, nos debemos referir a:

1. **Promoción interna vertical**, que supone que los trabajadores podrán ocupar las vacantes que se le ofrezca de diferente categoría o grupo profesional a la que ostentan, lo que supone su ascenso, y ello, mediante previa superación de procesos objetivos de concurso o concurso-oposición (art. 24 TRET).

2. **Promoción interna como carrera horizontal**, esta posibilidad resulta extraña al ámbito del personal laboral, ya que, en principio, la misma se produce por el simple transcurso del tiempo de desempeño del trabajo, y no va asociada a un ascenso de categoría o grupo, sino solo a un posible incremento retributivo, si bien, es cierto que la imaginería de la negociación colectiva seguro que podrá aportar algunas excepciones dignas de comentario.

³⁰ A este respecto, resulta de interés el trabajo de LÓPEZ GÓMEZ, J.M. (2009), Op. cit. págs. 227 y ss.

3. **Los procesos de promoción horizontal "cruzada" o funcionarización** (Disposición transitoria segunda del RDL 5/2015 TREBEP), sobre los cuales, en principio conforme la literalidad del precepto solo se encuentra reservado exclusivamente al personal laboral fijo.

c) La participación del personal laboral indefinido no fijo en los procesos de promoción interna vertical.

1. Situación anterior a la nueva declaración judicial que todavía no doctrina.

Efectivamente, con relación a la posible participación de personal laboral indefinido no fijo de plantilla en los procedimientos de promoción profesional vertical, debemos comenzar señalando que desde hace tiempo para la doctrina académica (entre otros destacamos a Boltaina Bosch y López Gomez³¹) se ha considerado que no se les puede aplicar a este personal aquellos derechos, ventajas y expectativas que no estén vinculados a un inicial acceso al empleo público de conformidad con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y especialmente, con la propia naturaleza de su temporalidad.

Igualmente, la Jurisprudencia ha mantenido durante largo tiempo una posición pacífica y clara a este respecto, que coincide con lo señalado por la doctrina académica también de forma pacífica, así, se ha considerado durante mucho tiempo que cuestiones como el de la promoción profesional, movilidad funcional o geográfica, determinadas suspensiones contractuales como la excedencia voluntaria o incluso por incompatibilidad para el supuesto de la excedencia, no resultaban de

³¹ BOLTAINA BOSCH, X., (2013), "El Personal laboral y medidas de adecuación a la crisis en la Administración Local", CEMCI, Granada, págs. 106 y ss. y LÓPEZ GÓMEZ, J.M. (2009), Op. cit. págs. 193 y ss.

aplicación a esta clase de personal laboral indefinido no fijo de plantilla, y a este respecto podemos remitirnos a:

1. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo social, de 29 de noviembre de 2005 que deniega esta posibilidad al amparo de la “naturaleza del vínculo” y “su provisionalidad”.

2. Posteriormente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2012 se pronuncia en idéntico sentido, sobre la provisión de puestos de trabajo —en el derecho laboral, la figura jurídica más bien sería los “concursos de traslado”, aunque también cabría hablar de provisión por concurso o libre designación por asimilación de funcionarios— distintos al que ocupan no serían de aplicación.

3. También para las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2009 y 17 de marzo de 2009, la carrera profesional se sitúa en un contexto de «permanencia indefinida» en el desempeño de las funciones que se compadece mal con la transitoriedad que por definición es predicable del personal interino o del personal laboral «indefinido», por lo que esta diferencia intrínseca en la proyección temporal de ambos tipos de colectivos justifica que la carrera profesional se limite a quien en principio va a prestar servicios para la Administración con vocación de permanencia y que expresamente se excluya a quien por propia definición legal tiene con la Administración Pública una vinculación laboral limitada en el tiempo.

4. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2014 (rec. nº 179/2013), en Pleno, que señala:

"En cualquier caso y con todos estos antecedentes normativos, para poder apreciar la existencia de una situación de desigualdad contraria al

art. 14 de la Constitució es de todo punto preciso que concurra el principio básico sobre el que se asienta esta exigencia de igualdad de trato cual es el de que nos encontremos ante situaciones “sustancialmente iguales”. Pues bien, esta exigencia de igualdad de situaciones no puede sostenerse que concurra entre los que la jurisprudencia ha venido en considerar “trabajadores indefinidos no fijos” y los “trabajadores fijos”, y no existe tal igualdad porque los primeros son trabajadores contratados sin cubrir las exigencias que la propia Constitución requiere para el ingreso en la función pública como es que el ingreso se produzca a través de un procedimiento sujeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad – art. 103.3 de la CE – de donde deviene que su estatuto jurídico sea distinto del de los fijos propiamente dicho que al haber accedido a la función pública conforme a las exigencias constitucionales gozan de una situación de empleado público con todas las garantías; el indefinido no fijo pudo tener en origen su justificación en una necesidad temporal determinada de empleados por parte de una Administración que cuando la misma desaparece lo sitúa en una situación de precariedad que no puede alcanzar al que fue contratado por las vías legales para una actividad con visos de permanencia. Todo ello se traduce en una diferencia de situaciones que no justifican la aplicación del principio de igualdad.

Por lo tanto, a la vista de lo expuesto se puede afirmar que la doctrina judicial mayoritaria y pacífica hasta estos momentos había considerado que no era posible que el personal laboral indefinido no fijo de plantilla participara en ningún proceso tanto de provisión de puestos de trabajo o de promoción profesional, ya que, que conforme su naturaleza y las declaraciones judiciales de su reconocimiento, estos se encuentran vinculados exclusivamente a un concreto puesto de trabajo que dio origen a la declaración judicial hasta el momento en que se proceda por la administración a su provisión por los procedimientos legalmente previstos.

2. *La novedosa declaración del Tribunal Supremo: reconocimiento del derecho a la promoción profesional vertical del personal laboral indefinido no fijo de plantilla.*³²

Ahora bien, dicho lo anterior debemos examinar ahora la sorprendente declaración contenida en la sentencia del **Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 352/2018, 2 abr. Rec. 27/2017**, que cambia de criterio y se desmarca de la doctrina vigente hasta ese momento, si bien, ya se dictó anteriormente una sentencia que parecía anticipar esta³³, pero, de todas formas podemos afirmar que esta sentencia no ha sido apoyada de forma expresa hasta este momento por otras y además el fallo no es unánime al formular su Voto Particular cuatro de los Magistrados que conforman la Sala. Por lo tanto, nos encontramos ante un pronunciamiento que no está consolidado como doctrina judicial, y además nace de forma conflictiva, ya que, como indicamos, el propio tribunal no mantiene un criterio pacífico y consensuado al respecto.

En esta sentencia se considera que asiste a los trabajadores indefinidos no fijos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía el derecho a participar, en igualdad de condiciones que el personal fijo y fijo discontinuo, en los procesos de promoción y reclasificación

³² Sobre esta concreta sentencia resulta de interés la consulta del trabajo de SELMA PENALVA, A. (2018), *"El polémico derecho a la promoción profesional de los trabajadores indefinidos no fijos. Comentario a la sentencia nº 352/2018 del tribunal supremo, sala 4ª, de lo social, 2 de abril de 2018"*, IUSLabor 2/2018, págs. 294 y ss.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 julio 2016 (rec. 134/2015), aborda la validez de una convocatoria de traslados de la empresa ADIF, que señalaba: *"La diferencia pues entre 'indefinido no fijo' y 'fijo' puede estar, en su caso -se insiste- en la causa de extinción del vínculo contractual. Sin embargo, durante la vigencia del vínculo, el trabajador 'indefinido no fijo', no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. A este respecto conviene recordar, que el artículo 15.6 ET [...]. Esta protección -y por ende prohibición en su caso de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de la norma estatutaria- resulta sin duda de aplicación -con mayor razón si cabe- a los denominados trabajadores 'indefinidos no fijos'.*

profesional que la empresa lleve a cabo conforme a lo previsto en el Convenio Colectivo de aplicación.

a) Una aproximación a los argumentos de la sentencia.

En primer lugar, la sentencia declara que su pronunciamiento se refiere a un supuesto especial, es decir, que el personal laboral indefinido que realizaba trabajos permanentes en la organización no tenía asignado ningún puesto de trabajo concreto, lo que es una situación realmente surrealista y de absoluta falta de profesionalidad en la gestión empresarial y organizativa, si bien, a juicio, del tribunal, de forma sorprendente, eso no supone problema alguno, al admitir de forma implícita que no existe obligación de creación de un puesto de trabajo para este trabajador, y, por ello, de forma indirecta, considera ajustado a derecho el que estos trabajadores continúen prestando sus servicios sin vinculación organizativa alguna (sic), así expone en el fundamento de derecho 3º:

"En el estado actual de nuestra jurisprudencia, aunque subsisten ciertas indefiniciones, ya no puede afirmarse tajantemente que quien posee la condición de indefinido no fijo siempre viene adscrito a una concreta plaza en las mismas condiciones que quien ha sido contratado para una interinidad por vacante.

[.....]

A diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante, pensamos que en el indefinido no fijo la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto. Por tanto, no podemos apreciar que la sentencia recurrida haya incurrido en infracción de la jurisprudencia.

B) Cosa distinta es que pueda pensarse en algún determinado supuesto en el que la adscripción a plaza individualizada sea innegable y

necesaria pero ahora estamos resolviendo un caso que afecta a un amplio número de personas y que posee una base fáctica procesalmente depurada, sin que proceda acudir a hipótesis o imaginar casos en que existan circunstancias especiales.

[.....]

C) Como apunta la sentencia recurrida, entendemos que la mayoría de veces la propia la existencia de un trabajador indefinido no fijo revela la existencia de un empleo adicional a los previstos en su organigrama, por lo que se requiere la activación de un procedimiento selectivo de ingreso para su cobertura".

Es importante destacar, como expresamente advierte el tribunal, que cosa distinta es que pueda pensarse en algún determinado supuesto en el que la adscripción a una plaza individualizada sea innegable y necesaria, situación que no se plantea en esta ocasión.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo utiliza como único argumento para justificar su peculiar decisión sobre una situación especial (laborales indefinidos sin plaza), la aplicación de las previsiones de la Directiva 1999/70, sobre empleos de duración determinada, que garantiza la no discriminación entre los trabajadores de duración determinada y los fijos comparables, garantizándoles la igualdad en las "condiciones de trabajo", a nuestro juicio de manera disfuncional y absolutamente forzada interpretativamente.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo, en un nuevo ejemplo de "iluminación creativa", este no aprecia inconveniente alguno en que el trabajador indefinido no fijo pueda participar en este tipo de concursos, eso sí, conservando dicha condición en el nuevo destino, ahora bien, lo que parece olvidar el tribunal es que ese acceso se realiza desde un

puesto que supone una mejora sustancial de sus condiciones laborales (ascenso) que no se corresponden con las que tenía cuando accedió de forma ilegal a la condición de indefinido no fijo, si bien, eso sí, precisa el tribunal que ese cambio de destino no transforma su naturaleza y lo convierte en fijo, no faltaría más, señalando al respecto:

"De ahí que no veamos inconveniente en admitir que el indefinido no fijo pueda participar en este tipo de concursos, conservando dicha condición en el nuevo destino y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno Derecho.

F) La dicción de la Disposición Adicional 15ª ET sobre permanencia en "el puesto de trabajo" bien puede concordarse con todo lo anterior, simplemente acomodando el "puesto de trabajo" al desempeñado en el momento en que se produce una convocatoria de plazas.

G) La solución que abrazamos en modo alguno ignora las exigencias constitucionales (y legales) de acceso a los empleos públicos. De ahí las cautelas que hemos venido introduciendo sobre imposibilidad de que la promoción interna se convierta en un modo de eliminar la sujeción del vínculo laboral a término. De ahí también que reafirmemos la necesidad (auténtica obligación) de que el empleador proceda, cuanto antes, a la amortización o convocatoria pública de las plazas desempeñadas por este tipo de trabajadores".

Por último, resulta de interés destacar las consideraciones más importantes del voto particular realizado por una parte importante de los miembros de la Sala del Tribunal Supremo a la sentencia, así, a este respecto:

a) Resulta muy ilustrativa la calificación que realiza el voto particular del contrato que vincula a esta clase de personal señalando: "Se

quiera o no el indefinido no fijo es un contrato sujeto a término de suerte que, cuando la vacante que ocupe sea amortizada u ocupada por otra persona a través del correspondiente concurso en el que se garanticen los principios de igualdad capacidad y mérito, el contrato deberá ser extinguido por el procedimiento y con las consecuencias legales que esta Sala ha ido perfilando desde que configuró tal figura y que, en la actualidad, se contemplan en las SSTS de 24 de junio de 2014, rec. 217/2013, entre otras, para el supuesto de amortización de la plaza; y de 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015 , para el supuesto de cobertura reglamentaria de la vacante".

b) En el contenido de este voto particular también es de destacar su consideración de que no es posible interpretar que existe una mínima diferencia entre el personal fijo y el indefinido, al contrario, pues considera que: *"...hay una diferencia mucho más trascendente que afecta a la propia existencia del indefinido no fijo y que consiste en que éste tipo de personal está prestando servicios en el ámbito público sin haber ingresado a través de un procedimiento en el que se hayan garantizado los principios de igualdad capacidad y mérito, tal como exigen expresamente los artículos 23.2 y 103.3 CE . El indefinido no fijo lo es porque su ingreso en la Administración o en la empresa pública se ha producido, fraudulenta o ilícitamente, [.....] .Y esa diferencia ontológica es lo que permite distinguirlo del fijo y del eventual y resulta ser la característica principal que explica que su contrato esté sometido a término y que, a diferencia, del personal fijo, pueda extinguirse por cobertura o desaparición de la plaza que ocupa.*

c) Finalmente, el voto particular también sostiene que las mismas razones que se consideran adecuadas para excluir a los trabajadores temporales, deberían aplicarse también al personal indefinido no fijo, ya que su configuración del tipo de relación jurídica es la misma. Añadiendo a

continuación una estimación de que se está desnaturalizando la propia figura contractual y además se produce una infracción del principio de igualdad: *La misma razón resulta aplicable al personal indefinido no fijo, puesto que si se admite su participación en un concurso para ocupar vacantes estables mediante el sistema de promoción interna se está desnaturalizando la propia figura contractual de suerte que unos trabajadores con contrato sometido a término ligado a la amortización o a la cobertura legal de la plaza que ocupan, habrán pasado a ocupar una plaza estable y consolidada mediante un sistema de promoción interna y, consecuentemente, tal plaza no volverá a ser objeto de concurso, con lo que habrán logrado de facto una absoluta equiparación a los trabajadores fijos sin haber superado pruebas objetivas de ingreso que respeten los aludidos preceptos constitucionales*

Realizando posteriormente una precisa y contundente consideración sobre la violación clara que supone esta sentencia a los principios de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente reconocidos, afirmando lo siguiente: *Y es que, como ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional (recogidas las ideas que siguen en la STC 149/2017) el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo "las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas", lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.*

b) Una valoración crítica de la sentencia.

Es preciso señalar de inicio que esta sentencia y su antecedente se refieren exclusivamente al ámbito de una sociedad pública (ADIF), y a la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, de naturaleza jurídica también empresarial, de forma que la traslación de sus conclusiones al ámbito de las administraciones públicas puede resultar muy discutible, especialmente, porque parece que las consideraciones de estas sentencias parecen responder al cambio de criterio jurisprudencial, ya examinado anteriormente, mediante el cual se considera que las entidades empresariales del sector público, no se encuentran sometidas ni a la Constitución ni al TREBEP, de forma que este tipo de conclusiones admitiendo la posibilidad de promoción profesional de este personal, resultaría coherente con la citada doctrina, ya que, no son empleados públicos, sino solo empleados privados que prestan sus servicios en entidades mercantiles excluidas íntegramente, a su juicio, de la aplicación del régimen jurídico administrativo.

Ahora bien, si se pretendiera extender las consideraciones de esta sentencia a las administraciones públicas, estamos seguros que se va a abrir un panorama de graves conflictos para la gestión de personal en las administraciones públicas, y en especial, por sus colisiones directas con el ordenamiento jurídico administrativo, y ello, por las siguientes consideraciones:

Primera. *La cuestión de la regularización organizativa de la declaración de un contratado como “personal indefinido no fijo”.*

Efectivamente, esta clase de declaración judicial, conlleva la necesaria obligación de la correspondiente administración pública de regularizar organizativamente la situación. Es de destacar que la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 abril de 2018, Rec. nº

27/2017, parte como elemento esencial de sus consideraciones de que estamos en presencia de trabajadores no adscritos a puesto de trabajo alguno, pero es que esta circunstancia no puede operar en el ámbito administrativo organizativo, y ello, por cuanto cualquier administración pública, está obligada legalmente, a que todos los empleados públicos que mantengan una relación permanente con las administraciones se encuentren incorporados a las plantillas y tengan asignado un puesto en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo, lo contrario supondría una gestión presupuestaria del capítulo I, no ajustada a las normas presupuestarias.

La propuesta del Tribunal Supremo analizada, origina en el ámbito organizativo de una administración pública un grave conflicto de implementación, en concreto, sobre una cuestión esencial: ¿Qué concreta plaza debe convocarse en el momento de la obligada regulación legal de la situación?, así, nos encontramos que:

a) La lógica nos indica que la plaza a convocar sería la que originalmente ha dado sustento a la declaración de “indefinido no fijo”, y más si tenemos en cuenta la propia doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) que exige la total identificación de plaza convocada con la que desempeñaba el trabajador en el momento de su reconocimiento de empleado público indefinido no fijo.

b) Pero si resulta que se reconoce una promoción profesional (ascenso), la plaza que desempeña en el momento de la convocatoria el trabajador, resultará que la plaza de origen queda vacante, y la misma lógicamente será objeto de provisión por otro trabajador (temporal o fijo – movilidad funcional-), entonces cuando se proceda a su obligada convocatoria legal, la pregunta es: ¿se puede proceder al cese de dos trabajadores? (el temporal y el indefinido si no ha logrado superar el

proceso selectivo – aunque esto seguro que será casi imposible, pues ya se habrá establecido un camino de arco iris para que consolide el acceso).

c) Pero, por otro lado, se presenta otra cuestión tras una promoción profesional (ascenso), en concreto, si la plaza que desempeña en el momento de la convocatoria el trabajador, y ya no es la que dio origen a su situación, entonces el debate que surge de inmediato es el siguiente: No ha salido a convocatoria mi plaza, sino otra que en su momento desempeñe, por lo tanto, continuó como laboral indefinido no fijo. A este respecto me remito a lo que he expuesto en un anterior apartado, sobre la peculiar interpretación del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) sobre la obligada adscripción a la plaza que origino el reconocimiento legal de esta peculiar relación jurídica. Con lo cual tenemos garantizado un nuevo conflicto, y casi con seguridad nos encontraremos con un nuevo empleado público y además continuara el que accedió de forma ilegal (indefinido no fijo), y un grave perjuicio al erario público, cuestión esta que parece que resulta insustancial al Tribunal Supremo.

d) Resulta de difícil comprensión que el Tribunal Supremo (sala de lo social), no exija a las empresas y, por ende, también a las administraciones públicas, en ejecución de la sentencia de reconocimiento de la condición de indefinido no fijo, la creación en Plantilla y RPT de la correspondiente plaza o puesto de trabajo al que se debe adscribir el trabajador, es decir, reconozco la situación pero después me lavo las manos, y no pongo impedimento al seguro caos organizativo que la decisión judicial origina, un perfecto ejemplo, de desconocimiento de las exigencias del artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Segunda. *Una posible discriminación en cuanto a los derechos a la promoción profesional de los empleados públicos laborales que accedieron*

legalmente a su condición y el derecho de los ciudadanos al acceso al empleo público.

a) Efectivamente, es preciso tomar en consideración que el reconocimiento de un derecho a la promoción profesional de los indefinidos no fijos, supone que estos puedan optar a la consolidación a una condición de empleado público fijo, en una categoría superior a la que dio origen a su acceso ilegal, es decir, que además de acceder de forma ilegal a una administración, se le permite, a pesar de ello, mejorar su condición profesional, y por el contrario, a los empleados públicos que accedieron previa superación de procesos legales de ingreso se les condena a una peor situación, ya que, deben competir en la promoción profesional con personal de acceso ilegal, condición legalmente reconocida. A mi juicio, esto es una clara violación del principio de igualdad, que conforme la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras STC 42/1981, de 22 diciembre y STC 49/1982, de 14 julio), supone tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales, y en este caso está claro que no existe equiparación posible.

b) Finalmente, es preciso realizar también una llamada a la reflexión sobre las consecuencias de estas interpretaciones judiciales, y la sustracción a los ciudadanos de plazas que deberían ser objeto de oferta pública, en el caso, de que las mismas no se provisionaran los empleados públicos laborales fijos, de forma que quien ha accedido de forma ilegal a una administración goza de mejor derecho que un ciudadano para optar a un puesto de trabajo de mejor cualificación y retribución, a mi juicio, la cuestión se comenta por si misma.

Tercera. *Imposibilidad legal de aplicar esta doctrina a la denominada promoción horizontal "cruzada" o funcionarización (Disposición transitoria segunda del RDL 5/2015 TREBEP).*

A este respecto, y siguiendo las reglas de la hermenéutica jurídica (artículo 3.1 Cód. Civil), conforme la literalidad del precepto éste procedimiento solo se encuentra reservado en exclusiva al personal laboral fijo, y debemos llamar la atención como complemento interpretativo que el propio Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su sentencia del Pleno de 28 de marzo de 2017 (Rec. nº 1664/2015), que consideraba que el TREBEP establece legalmente una tercera categoría (indefinido), diferente a la del personal laboral fijo. Por lo tanto, nos encontramos ante un régimen jurídico específico que cierra legalmente la posibilidad de acceso a los indefinidos no fijos a estos procesos.

III. Conclusiones Finales:

Primera. Nos encontramos ante una concepción de la jurisdicción Social corporativista y además nos enfrentamos a una interpretación disfuncional del actual marco de reparto competencial entre la jurisdicción contenciosa y la social, de forma que estamos en presencia de un proceso de invasión competencial (vis expansiva) sin que por la otra parte exista reacción alguna, lo que resulta inexplicable, ya que las cuestiones que hemos examinado afectan al corazón del ordenamiento jurídico administrativo.

Segunda. Estas actuaciones judiciales por parte de la Jurisdicción Social están sirviendo de soporte perfecto para el desarrollo del clientelismo político por medio del crecimiento exponencial de la laboralización general de nuestras administraciones, lo que colisiona con el mandato constitucional (STC 99/1987) y la legislación administrativa, lo que supone, a su vez, la desprofesionalización y pérdida del principio de objetividad en el empleo público, al reducir al mínimo las garantías legales y requisitos para el acceso al empleo público. A este respecto podemos citar solo dos ejemplos, la pretensión de controlar judicialmente la legalidad de todos los procedimientos selectivos reservados a personal

laboral y su desarrollo o, la patente de curso otorgada para que el clientelismo político se imponga en las entidades del Sector Público.

Tercera. Otro de los más graves problemas que afecta a nuestro empleo público es el desarrollo desmesurado de la temporalidad, problema que tiene varios padres:

a) En primer lugar, la concepción del empleo público como instrumentos de clientelismo político y social, para lo cual era esencial sentar las bases para alcanzar la mayor laboralización posible del empleo, que tiene su mayor exponente en la administración local.

Por otro lado, tenemos otro de los responsables, en concreto, la actitud permisiva de la Jurisdicción Social desde los años 90, que quizás mediante una inadecuada interpretación del principio “tuitivo” del Derecho Laboral, procedió a la creación de la figura del “indefinido no fijo”, que constituye, a mi juicio, en uno de los más graves problemas que afecta al empleo público, pues se ha convertido en una práctica diaria y en “puerta trasera” para la incorporación al empleo público, sin respeto alguno ni a los principios constitucionales (artículo 103.3 CE) ni a los establecidos en el artículo 55 del TREBEP, para un grupo muy importante de personas cuya única carta de presentación y currículum suele ser el clientelismo político o sindical.

Y finalmente, las políticas restrictivas presupuestarias, aprobadas por el Ministerio de Hacienda desde el año 2011, incorporando la nefasta figura de la “tasa de reposición de efectivos”, es decir, un plan de empleo encubierto políticamente, y que es simplemente un trampantojo de cara a la Unión Europea, que ha permitido generar una de las peores situaciones del empleo público en años, provocando una excesiva temporalidad, y por otro lado, condenando a la insuficiencia de medios personales en los

servicios públicos, en todas las administraciones y en especial, en una gran parte de las entidades locales de tamaño mediano y pequeño.

b) Es importante destacar que durante todos estos años no se ha emprendido actuación judicial alguna, librando testimonio desde la jurisdicción social a la penal, por prevaricación en el reconocimiento o permisividad con las situaciones que han originado los indefinidos no fijos. Así, podemos recordar que la Comisión de expertos para la elaboración del EBEP, en su informe consideraba que era esencial para atajar este problema que se exigiera responsabilidades a las autoridades o funcionarios que contrataban o prolongaban de manera irregular/ilegal la relación laboral del empleado temporal. Parece que finalmente, como consecuencia de las condenas del TJUE se han decidido a incorporar las previsiones de la Disposición adicional 43ª, si bien, estimo que se ha seguido una técnica normativa incorrecta y su contenido está trufado con lo cual le auguro un recorrido corto.

c) Debemos añadir que esta clase de relación da lugar a que *de facto* y *de iure* los indefinidos no fijos de plantilla terminan la mayoría de ellos vinculados de manera permanente y estable a la Administración Pública *sine die*, pues, como he señalado la Jurisdicción Social está realizando una gran contribución con sus resoluciones, y por otro lado, no hay en el ordenamiento jurídico vigente mecanismos coercitivos que obliguen a las administraciones públicas a aprobar la correspondiente convocatoria pública de los puestos de trabajo ocupados por los indefinidos no fijos de plantilla o, en su caso, amortizarlas, así, la permanencia *sine die* no es en modo alguno excepcional, sino que puedo confirmar por mi experiencia profesional que se ha convertido en la práctica habitual, especialmente en la administración local. En línea con lo expuesto, resulta también criticable que las Leyes anuales de presupuestos no hayan obligado a incluir en la correspondiente oferta anual de empleo público los puestos de trabajo

calificados judicialmente como indefinidos no fijos en el ejercicio anterior, salvo amortización claro está.

Cuarta. No podía faltar una referencia a la necesidad de revisión de la doctrina judicial sobre esta lacra para un empleo público profesional que es la figura de los "indefinidos no fijos", a este respecto, tal como hemos expuesto a la vista de las recientes modificaciones legislativas, en estos momentos, a nuestro juicio, carece de fundamento alguno seguir utilizando esta figura en este ámbito, pues se cumplen en todos sus términos las exigencias del TJUE en cuanto a la existencia de "*medidas o razones objetivas*", quizás el único punto de este debate parcialmente pendiente es el incremento de importe de las indemnizaciones, que parece ser la gran preocupación del TJUE, y desde luego, en cuanto a los funcionarios interinos, el tema ha quedado cerrado por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, en su sentencia de 26 de septiembre de 2018.

Quinta. Por otro lado, en cuanto a la intervención del TJUE en los diferentes ámbitos de las relaciones de empleo público, es preciso llamar la atención sobre una disfunción inicial, en concreto, el intento de aplicación de una Directiva a diferentes modelos y naturalezas jurídicas de relaciones de empleo público, que nada tienen que ver entre ellas. Así, un ejemplo de ello, lo hemos visto con las indemnizaciones de contratos interinos y los temporales y el cambio de criterio del TJUE. No se puede tratar de forma homogénea modelos tan distantes como los nórdicos o británico con los modelos continentales europeos (Francia, Alemania, España).

De todas formas, también es cierto que la función del TJUE no es dictar una resolución de aplicación directa, conforme determina el artículo 5.1 de la Directiva, sino fijar criterios interpretativos que luego los tribunales nacionales tienen que interpretar y aplicar, y a este respecto,

resulta esencial el que el Estado Español, de una vez por todas, regule de forma efectiva la exigencia de responsabilidades administrativas, penales y económicas a quien facilite la temporalidad ilegal. Esta es la clave de todo este entramado, pues con ello, es seguro que el TJUE no tendría nada que decir, si bien, toda la amplia familia de interesados clientelares se sentiría muy disgustada, de ahí tantos años de inhibición sobre el tema (a rio revuelto ganancia de pescadores).

Sexta. La otra área de influencia del TJUE no ofrece realmente problema es la equiparación de derechos retributivos entre empleados públicos, que resulta absolutamente lógica, ahora bien, el tema se complica, cuando entramos en otras condiciones profesionales y se intenta por nuestros tribunales realizar interpretaciones asistemáticas con el propio sistema, además sin existir sentencia previa del TJUE, como en el caso del Grado personal de un funcionario interino, o los funcionarios interinos indefinidos, de manera que son nuestros propios tribunales los que terminan creando un conflicto donde la lógica nos llevaría a otro resultado.

Séptima. Finalmente, también debemos rechazar los intentos de establecimiento de procedimientos selectivos *ad hoc*, diseñados “a la carta”³⁴, una peligrosa vía que se ha abierto de nuevo en el año 2017 y continuado en el 2018 con relación a la posibilidad de convocar “excepcionales” procesos de consolidación y estabilización de empleo público, y que colisiona directamente con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los requisitos que deben cumplir esta clase de procesos, tal como hemos expuesto en trabajos anteriores³⁵, así, nos

³⁴ A este respecto nos remitimos a nuestros trabajos, FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), “*La selección y pérdida de la condición de empleado público*”, Atelier, Barcelona, págs. 205 y ss., y en también, en “*Manual para la Selección de Empleados Públicos*”, (2018), 2ª Edición actualizada, Wolters Kluwer, Madrid, págs. 623 y ss.

³⁵ FONDEVILA ANTOLIN, J., (2008) y (2018), Op. cit.

encontramos que los malos vicios desarrollados durante muchos años en otros procesos similares no han sido objeto de revisión para su eliminación, como constitucional y éticamente sería exigible, sino que a la vista del primer *“Acuerdo para la mejora del empleo público”* de fecha 29 de marzo de 2017, y el segundo *“Acuerdo para la mejora del empleo público y de condiciones de trabajo”* de 9 de marzo de 2018, suscritos entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y las organizaciones sindicales UGT, CC.OO. y CSI-F, estos pueden ser calificados de un nuevo acuerdo clientelar (político y sindical), es decir, se vuelve a las malas prácticas en los procesos selectivos al establecer como procedimiento de acceso el concurso oposición en el cual *“podrá ser objeto de valoración entre otros méritos, en su caso, el tiempo de servicios prestados a la administración”*, previsiones estas que han tenido un reconocimiento normativo por medio de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado 3/2017 de 27 de junio, y la 6/2018, regulación que, a mi juicio, puede ser el descabello y ocaso del empleo público profesional y objetivo, además de suponer un atentado al derecho constitucional de todos los ciudadanos al acceso al empleo público en condiciones de igualdad (artículos 14 y 23.2 C.E.).