

Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario

Miguel Ángel Recuerda Girela

Profesor Titular de Derecho administrativo
Universidad de Granada

Lucía Fernández Delpuech

Cuerpo Superior de Administradores
Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN FRAUDE DEL DERECHO LABORAL. 1. Criterios de delimitación entre el contrato administrativo y el contrato laboral. A. Los contratos de colaboración temporal. B. Los contratos para trabajos específicos. C. Los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios. D. Criterios de delimitación entre el contrato administrativo y el contrato laboral. 2. Irregularidades derivadas de la contratación administrativa en fraude del Derecho laboral. 3. Consecuencias jurídicas de la contratación administrativa en fraude del Derecho laboral. A. La doctrina jurisprudencial sobre el trabajador indefinido no fijo y su reconocimiento legal. B. Aplicabilidad de la figura del trabajador indefinido no fijo a los contratos administrativos que encubren relaciones laborales. C. Posible inaplicabilidad de la figura del trabajador indefinido no fijo por ser nula la relación laboral encubierta. III. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA PARA FUNCIONES RESERVADAS AL PERSONAL FUNCIONARIO. 1. Irregularidades derivadas de la contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario. 2. Consecuencias jurídicas de la contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario. IV. SUPUESTOS EN QUE RELACIONES DE AJENEIDAD Y DEPENDENCIA SON EXPRESAMENTE CALIFICADAS COMO CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA POR LA LEY. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN:

Los contratos administrativos de servicios celebrados con personas físicas en ocasiones encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario. Esta irregularidad no constituye solamente una lesión de los derechos de los trabajadores, sino también una vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público. Además, si el contrato administrativo tiene por objeto funciones reservadas al personal funcionario, queda también vulnerada dicha reserva. Este trabajo analiza las consecuencias jurídicas que se desprenden de este uso irregular de la contratación administrativa con personas físicas.

Palabras claves: Contratos administrativos, funcionarios, personal laboral Administraciones Públicas.

ABSTRACT:

Sometimes public service contracts concluded with natural persons conceal employment relationships or its object is reserved to civil servants. This irregularity is not only an infringement of the rights of workers, but also a breach of the principles of equality, merit and ability that govern access to public employment. Also, if the public contract object is functions that are reserved to the civil servants, this reservation is violated. This paper analyzes the legal consequences arising from this irregular use of public service contracts concluded with natural persons.

Keywords: Public contracts, contract, civil servants, employment contracts in Public Administrations.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha analizado por la doctrina y la jurisprudencia la delimitación entre los contratos laborales y los contratos administrativos a efectos de evitar que, mediante la celebración de contratos administrativos, se eluda la aplicación de las garantías propias del Derecho laboral por las Administraciones Públicas (duración y extinción del contrato laboral, retribuciones mínimas, cotización al Régimen General de la Seguridad Social, etc.).

Además, el uso fraudulento de los contratos administrativos para encubrir relaciones laborales da lugar también a la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público, ya que para su celebración no se siguen los procesos selectivos propios de los contratos laborales, interinidades y puestos funcionariales.

Y, finalmente, la legislación de contratos prohíbe expresamente a las Administraciones Públicas contratar con terceros para realizar funciones que impliquen el ejercicio de la autoridad (artículos 275.1 y 301 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), y el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) reserva a los funcionarios las tareas que impliquen directa o indirectamente el ejercicio de potestades administrativas. Por tanto, estas funciones o tareas no pueden ser objeto de los contratos administrativos.

La Ley de Funcionarios Civiles del Estado introdujo en su artículo 6 la contratación administrativa de personal para dos supuestos: por un lado, la realización de trabajos específicos, concretos y extraordinarios o de urgencia y, por otro lado, la colaboración temporal en las dependencias administrativas cuando por exigencias y circunstancias especiales de la función, las tareas no pudieran atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera disponibles. Sin embargo, la Administración Pública incumplió reiteradamente el carácter excepcional de estos dos supuestos, generando una gran bolsa de personal en este régimen. Como causas de esta situación, entre otras, se habla de la insuficiencia de recursos destinados en su momento por el Ministerio de Hacienda para proveer plazas en propiedad.¹

La situación resultó compleja en el momento de los Entes preautonómicos y Comunidades Autónomas emergentes, debido a que la Ley 22/1977 había prohibido las interinidades, el Estado no transfería todos sus efectivos y las Comunidades Autónomas tenían otras competencias propias, si bien carecían de Cuerpos funcionariales propios y de plazas creadas. La contratación laboral también presentaba problemas, especialmente en orden a los supuestos en que resultaba legalmente admisible. Y, en cuanto a los contratos administrativos, su duración estaba limitada a un año. Ello dio lugar a la creación de la figura del contrato administrativo transitorio, destinado a extinguirse cuando se establecieran los sistemas selectivos de acceso a la carrera funcionarial. Así se hizo en la Generalitat de Cataluña, donde se estableció por el Decreto 166/1981 que si finalmente las plazas eran ocupadas por otras personas, a los contratados administrativos se les realizaría un nuevo nombramiento de interino o contrato administrativo transitorio.

La situación dio lugar a la necesidad, por un lado, de restringir la producción de nuevos excesos en la contratación administrativa y, por otro lado, a la

¹ MARTÍNEZ BLANCO, A., "El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas", Documentación Administrativa, n° 194, 1982, pg. 9.

tramitación de procesos de consolidación como funcionarios de la masa de contratados administrativos, laborales temporales e interinos, procesos que fueron criticados por la doctrina. Así, JOAN PRATS, en las Primeras Jornadas de la Función Pública FETAP-UGT de marzo-abril de 1981, indicaba que “estas bendiciones a todos los que contrataron a dedo, si se siguen produciendo, son la excusa para que los puestos de trabajo de la Administración sean administrados discrecionalmente por los políticos en función de sus clientelas particulares, y luego (...) se funcionaricen en la Carrera Administrativa para siempre las clientelas políticas.”

Lo que sí ha dejado claro el Tribunal Constitucional en la Sentencia 5/1982², de 8 de febrero, es que “el carácter excepcional de la contratación administrativa (...), consagrado en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado³, impide utilizar este procedimiento como vía normal de provisión de puestos en la función pública, lo diga así o no la norma particular”, añadiendo que “la opción entre una u otra vía⁴ de acceso a la función pública está condicionada por los principios básicos de la legislación estatal, que no son principios reguladores de los distintos procedimientos, sino definidores de la secuencia necesaria que entre ellos ha de darse, secuencia que define cuál haya de ser la estructura de la función pública y que obliga a acudir no a la contratación, sino a la interinidad, para la designación de quienes provisionalmente hayan de ocupar vacantes que definitivamente sólo pueden ser cubiertas por funcionarios de carrera. (...) la opción entre la contratación administrativa u otras vías de provisión no es una opción libre, sino realizada de acuerdo con la legislación básica del Estado”.

La situación no se ha resuelto con los mencionados procesos de consolidación de empleo temporal, sino que las Administraciones Públicas han continuado utilizando la figura del contrato administrativo para nutrirse de personal, eludiendo los procesos selectivos legalmente establecidos. Buena prueba de ello son los incesantes litigios planteados por quienes, habiendo sido irregularmente contratados bajo la forma del contrato administrativo, solicitan el reconocimiento de su condición como personal laboral. Por tanto, el tema es de plena actualidad.

Analizaremos a continuación la delimitación entre las figuras del contrato administrativo y el contrato laboral, las irregularidades que se producen cuando se

² Que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de la Generalidad de Cataluña 4/1981, de medidas urgentes sobre la función pública.

³ Que era la normativa estatal vigente en aquel momento.

⁴ Acceso como personal interino o como contratado administrativo.

celebran contratos administrativos encubriendo relaciones laborales, así como las consecuencias jurídicas que ello tiene, sobre la base de la legislación vigente. Como se verá, la principal consecuencia jurídica es la aplicación de la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo. En segundo lugar se analiza el supuesto en que la contratación administrativa tiene por objeto funciones reservadas al personal funcionario, determinando qué infracciones jurídicas conlleva y cuál es el régimen jurídico aplicable a esta situación. Y, finalmente, se analizan algunos supuestos en los que la propia legislación dispone expresamente que la relación jurídica es un contrato administrativo, a pesar de que puedan darse las notas de ajeneidad y dependencia propias de la relación laboral.

II. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN FRAUDE DEL DERECHO LABORAL

1. Criterios de delimitación entre el contrato administrativo y el contrato laboral.

Debe indicarse, en primer lugar, que el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) excluye de su ámbito de aplicación “la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.” Por tanto, inicialmente parece que es la propia Administración Pública contratante la que elige el régimen jurídico aplicable en función de que decida celebrar un contrato administrativo o un contrato laboral. Sin embargo, la presunción de laboralidad del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores⁵ entra en juego cuando el contrato administrativo se realiza incurriendo en una flagrante desviación del cauce legal previsto, tal y como señala la STS de 18 de febrero de 1999.⁶

Las figuras de contratos administrativos con los que ha surgido la polémica han sido varias: inicialmente el contrato de colaboración temporal en régimen de Derecho administrativo, en segundo lugar los contratos administrativos para trabajos específicos, posteriormente los contratos de consultoría y asistencia

⁵ Según dicho artículo 8.1, “el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.”

⁶ Entre otras muchas, las SSTS de 2 y 10 de febrero, 27 de abril, 13 de julio, 24 de septiembre y 29 de septiembre de 1998.

técnica, y actualmente los contratos administrativos de servicios. La doctrina y jurisprudencia se han esforzado por delimitar las fronteras entre estos contratos administrativos y los contratos laborales (especialmente los laborales temporales), como se expone a continuación.

A. Los contratos de colaboración temporal.

La Ley de Funcionarios Civiles del Estado introdujo en su artículo 6 la contratación administrativa de personal para dos supuestos: por un lado, la realización de trabajos específicos, concretos y extraordinarios o de urgencia y, por otro lado, la colaboración temporal en las dependencias administrativas cuando por exigencias y circunstancias especiales de la función las tareas no pudieran atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera disponibles. El Real Decreto 1742/1966 les fijó una duración máxima de un año. La figura también se admitió en el ámbito de los Entes Locales por el Decreto 3046/1977, para “funciones administrativas o técnicas, concretas”, con el mismo límite máximo de un año.

El uso reiterado de estos contratos por las Administraciones Públicas dio lugar a una sustantiva jurisprudencia por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que puede sintetizarse en la conclusión de que la elección entre el contrato administrativo de colaboración social y el contrato laboral temporal era una cuestión puramente organizativa, pudiendo la Administración elegir indistintamente cualquiera de las dos figuras.⁷ Por tanto, la presunción de laboralidad del contrato del artículo 8.1 ET cedía cuando el clausulado del contrato lo sometía expresamente al régimen del contrato administrativo.⁸ Así, cuando este contrato administrativo se extendía más allá del máximo legal del año, o se utilizaba para supuestos impropios del mismo, la relación contractual no perdía su carácter administrativo y no se presumía su naturaleza laboral.⁹

Las Administraciones Públicas, a pesar del carácter excepcional que la Ley de Funcionarios Civiles del Estado atribuía a este contrato, lo utilizaron de manera abusiva¹⁰, dando lugar a una plantilla de trabajadores temporales en régimen administrativo, que motivó que, finalmente, la Disposición Adicional

⁷ Ver, entre otras, las SSTS de 9 de octubre de 1982 y 2 de abril de 1987.

⁸ Ver, entre otras, las SSTS de 2 de mayo de 1984 y 11 de junio de 1987.

⁹ Ver, entre otras, las SSTS de 23 de enero de 1985 y 25 de marzo de 1988.

¹⁰ MARTOS NAVARRO, F., “Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y para la realización de trabajos específicos concretos y no habituales”, en “Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas”, Coord., CASTILLO BLANCO, F.A., CEMCI, Granada, 1996, pg. 594.

Cuarta de la Ley 30/1984¹¹ y la Disposición Transitoria Octava de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local¹², prohibieron la celebración de estos contratos y su renovación¹³.

Esta prohibición, que pretendía tener consecuencias positivas en orden a los procedimientos de acceso al empleo público, lo cierto es que se vio seguida de procesos de integración en la función pública del colectivo de contratados administrativos, en muchas ocasiones poco respetuosos con los principios de igualdad, mérito y capacidad. La propia Ley 30/1984, en su Disposición adicional Sexta, y la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, en su Disposición Transitoria Octava, regularon procesos selectivos de consolidación de los contratados administrativos en los que se valorarían los servicios efectivos ya prestados.

B. Los contratos para trabajos específicos y concretos no habituales.

El hueco dejado por los suprimidos contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho administrativo fue ocupado por la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales¹⁴, que también figuraba inicialmente prevista en el artículo 6.2.a) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. Así, la propia Ley 30/1984, en su Disposición Adicional Cuarta¹⁵, se refirió a ellos, pero limitándose a remitir su regulación a la Ley de Contratos del Estado, tras lo cual se promulgó el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, que reguló esta figura, estableciendo también que su duración no podía exce-

¹¹ La Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984 dispuso que “1. A partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo.”

¹² La Disposición Transitoria Octava de la Ley 7/1985 estableció que “1. No podrán celebrarse por las Administraciones locales contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho administrativo, ni renovarse los existentes.”

¹³ Que sólo subsistieron en el ámbito de la enseñanza universitaria, para profesores asociados, visitantes y ayudantes.

¹⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV., “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, MTAS, 2001, pg. 164, OJEDA AVILÉS, A., “El empleo temporal en las Administraciones Públicas (una aproximación unitaria)”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 56, 1987, pg. 492, y LÓPEZ GÓMEZ, J.M., “El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas”, Civitas, Madrid, 1995, pg. 235.

¹⁵ La citada DA 4ª de la Ley 30/1984 dispuso que “2. Los contratos a celebrar excepcionalmente por las Administraciones Públicas con personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales se someterán a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la normativa civil o mercantil.”

der de un año, salvo que fueran complementarios de contratos de obras o lo exigiera la naturaleza y circunstancias de la prestación, en cuyo caso era la duración de aquellas obras o prestación de servicios la que determinaba la duración del contrato.

Fue la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, la que aclaró su naturaleza jurídica expresamente como contrato administrativo¹⁶, y lo definió como el que, no teniendo por objeto las prestaciones del contrato de consultoría y asistencia ni el de servicios, “se celebre excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos.” Por tanto, la definición era bien amplia, constituyendo un auténtico cajón de sastre¹⁷ que fue utilizado por la Administración Pública para contratar administrativamente cuando no podía utilizar los otros contratos administrativos típicos. Igualmente resultaba complicado imaginar un control a priori de la circunstancia de que las tareas no pudieran ser atendidas por la labor ordinaria de los órganos administrativos.¹⁸

Pero lo cierto es que la propia Ley 13/1995 no ayudó a deslindar las figuras contractuales, ya que, además de añadir el contrato de consultoría y asistencia técnica, mantenía una vaga definición del contrato para trabajos específicos, al indicar, en su artículo 197.4, que eran contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales los que, no siendo de consultoría y asistencia ni de servicios, se celebraban “excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos”.

De hecho, el uso tan expansivo y la conflictividad jurisdiccional generada por dicho contrato administrativo dieron lugar a la supresión de esta figura mediante la Ley 53/1999, cuya Exposición de Motivos indicaba, discretamente, que “hay que destacar la supresión del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales, por la razón de que la colaboración con profesionales que

¹⁶ Con una duración máxima de dos años.

¹⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV., “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, MTAS, 2001, pg. 164, y “Los contratos administrativos para trabajos específicos: naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado”, TL, nº 41, 1997, pg. 36.

¹⁸ El propio artículo 201 de la ley 13/1995 se ocupó de dejar claro que “En ningún caso el otorgamiento de un contrato para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales supondrá la existencia de una relación funcional o laboral entre la Administración y el contratista”.

pretendía atender puede ser perfectamente articulada a través de contratos de consultoría y asistencia, evitando las dudas y dificultades que el carácter residual y la definición negativa de los contratos que ahora se suprimen han suscitado en la práctica de su aplicación concreta”.

En cuanto a la delimitación respecto del contrato de trabajo, la jurisprudencia señaló que los contratos administrativos para trabajos específicos podían ser utilizados para obtener un producto concreto, no para una actividad en sí misma con independencia del resultado.¹⁹ Así, la STS de 18 de febrero de 1999 considera que la relación ha de presumirse laboral de acuerdo con el artículo 8.1 ET cuando “el trabajo efectivamente prestado consiste en servicios genéricos sin sustantividad propia”.

Dado que en numerosos casos la frontera con las prestaciones objeto del contrato de trabajo no estaba del todo clara, los Tribunales acudían al análisis de la dependencia o autonomía con que se prestaba el servicio²⁰, tomando en cuenta circunstancias tales como que el servicio se prestara en las dependencias administrativas usando los medios de la Administración y sometiéndose al horario y jornada del personal de ésta. En este sentido, el propio artículo 197.1 de la Ley 13/1995 se refería a que las empresas adjudicatarias dispusieran de los elementos personales y materiales suficientes para ejecutar el contrato.

C. Los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios.

Tras la supresión de la figura del contrato para trabajos específicos por la Ley 53/1999, se continuó planteando la problemática del encubrimiento de relaciones laborales con los contratos administrativos de consultoría y asistencia y los de servicios. Para efectuar la delimitación entre la relación laboral y estos contratos administrativos, la doctrina considera aplicable los criterios de la jurisprudencia anterior, referida al contrato administrativo para trabajos específicos, por tratarse de la misma cuestión.

¹⁹ Ver entre otras la STS de 15 de febrero de 1996, 2 de febrero, 15 de septiembre, 9 de octubre y 4 de diciembre de 1998 y 21 de enero, 18 de febrero, 3 de junio y 29 de septiembre de 1999. En concreto, la STS de 17 de octubre de 2006, con base en las anteriores, concluye que la figura del contrato administrativo para trabajos específicos tiene por objeto llevar a cabo un “trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal sino un ‘trabajo específico’, es decir, un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final”.

²⁰ Ver, entre otras, las SSTS de 13 de abril de 1989, 26 de octubre de 1992, 20 de octubre de 1998 y 29 de septiembre de 1999.

En todo caso, como indica MENÉNDEZ SEBASTIÁN²¹, ya sea por la propia definición expresa, o por la laxitud de los términos del legislador, los contratos administrativos parecen tener un ámbito tan amplio, que se superponen sobre las tareas que también pueden ser objeto del contrato laboral.²² Así, en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el contrato de consultoría y asistencia tenía por objeto prestaciones relacionadas con las actividades profesionales e intelectuales²³, y el contrato de servicio tenía objeto:

“a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia, trabajos específicos y concretos no habituales o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.

b) Complementario para el funcionamiento de la Administración.

²¹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, VVAA, MTAS, 2001, pg. 167.

²² Indica MENÉNDEZ SEBASTIÁN (MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV., “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, MTAS, 2001, pg. 171 y ss.) que “la opción del legislador de no elaborar una lista tasada y exhaustiva de necesidades o actividades cuya cobertura pueda efectuarse en régimen administrativo, sino mantener las fórmulas definitorias de la LCAP en su versión de 1995, ha supuesto perder una oportunidad muy valiosa para solucionar los problemas que la convivencia de estos regímenes genera.” Y distingue la citada autora el caso en que se trata de prestaciones enumeradas expresamente en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, como la realización de encuestas, en cuyo caso “la elección del régimen administrativo en lugar del laboral es inatacable”, y el caso en que la prestación encaja en una definición más amplia o abstracta contenida en la legislación de contratos, en cuyo caso sí cabe interpretar restrictivamente dicha legislación.

²³ Concretamente:

“a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones:

- Toma de datos, investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico.
- Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter.
- Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.
- Cualesquiera otros servicios directos o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual.”

c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones.

d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma.”

La definición de los contratos de consultoría y asistencia técnica y de los contratos de servicios continuó siendo sustancialmente la misma²⁴ tras las modificaciones operadas por la Ley 53/1999. Y, en cuanto al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000), RODRÍGUEZ ESCANCIANO²⁵ considera que los contratos administrativos de servicios y consultoría y asistencia operaron como un cajón de sastre porque la ley no estableció expresamente que los contratos administrativos que suscribiera la Administración con profesionales en función de su titulación se debían restringir a aquellas labores predominantemente intelectuales y que no supusieran la realización de tareas propias de los empleados públicos.

Finalmente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha suprimido la figura del contrato de consultoría y asistencia técnica, por lo que solamente existe la figura del contrato de servicios. Dicho contrato de manera abstracta, se define como aquél “cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro” (artículo 10 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).²⁶

²⁴ Eliminando del objeto del contrato de consultoría y asistencia la toma de datos, que pasa a ser objeto del contrato de servicios, y aclarando en la cláusula de cierre que el contrato de consultoría y asistencia comprende en particular “los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica”.

²⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *Aranzadi Social*, 42/2010, y “Capítulo II. Contratación”, en AA.VV., “El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales”, Dir. CARDENAL CARRO, M., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley*, Madrid, 2010, pg. 305.

²⁶ Autores como MENÉNDEZ SEBASTIÁN consideran que el legislador perdió una valiosa oportunidad para solucionar los problemas de delimitación entre la contratación laboral y administrativa, al no elaborar una lista exhaustiva y tasada de las actividades susceptibles de ser objeto de contrato administrativo. (MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, *Aranzadi Social* n.º. 14/2000, 2000.)

Lo cierto es que el objeto de los contratos administrativos de servicios (y de los anteriores contratos de consultoría y asistencia técnica y para trabajos específicos) coincide con las tareas que pueden ser objeto de contrato laboral. De hecho, el antiguo artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, citaba como funciones asumibles a través de contratos laborales tareas que pueden ser objeto de un contrato administrativo de servicios.²⁷ Así, el solapamiento de actividades en la contratación laboral y administrativa tenía lugar incluso cuando la norma administrativa enumeraba las actividades concretas que pueden ser objeto del contrato administrativo y coincidían con las que la Ley 30/1984 reservaba al régimen laboral en su artículo 15.1.c).²⁸ Este era el caso de la realización de encuestas, y de las tareas de mantenimiento y conservación de equipos e instalaciones. Igual sucedía con la contratación de profesionales y técnicos, prevista para el contrato de consultoría y asistencia técnica, pues, de manera solapada, el artículo 15.1 c) de la Ley 30/1984 permitía la contratación en régimen laboral para ocupar puestos de actividades que requiriesen conocimientos técnicos especializados.²⁹

D. Criterios de delimitación entre el contrato administrativo y el contrato laboral.

En primer lugar, la determinación de si una relación jurídica contractual tiene o no naturaleza laboral no depende de cómo la denominen o califiquen las

²⁷ Dicho artículo 15 de la Ley 30/1984 (reformado por la ley 23/1988) citaba:

Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.

Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos;

Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores;

Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño,

Los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares.

Los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo.

²⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", *Aranzadi Social* n.º. 14/2000, 2000.

²⁹ Cuando no existieran Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tuvieran la preparación específica necesaria para su desempeño.

partes³⁰, y, en este sentido, la jurisprudencia viene reiterando que los contratos son lo que son, independientemente de la denominación dada por las partes. La jurisprudencia y la doctrina han venido destacando que los contratos administrativos tienen por objeto fundamentalmente un resultado que se ha de lograr mediante una actividad realizada por el contratista, pero no se toma como objeto la actividad en sí misma independiente del resultado final³¹, y que, a diferencia de los contratos laborales, han de tener por objeto actividades excepcionales y no habituales de la Administración.³²

Sin embargo, no parece posible distinguir los contratos laborales y los contratos administrativos de servicios en función de la prestación que constituye su objeto, sino que el criterio de distinción radica en que la relación entre ambas partes se caracterice o no por la dependencia y ajeneidad propias de la relación laboral.³³ En efecto, el problema de deslinde entre estas dos figuras es el mismo que el que se plantea con la contratación de trabajadores autónomos por las empresas privadas, que en ocasiones utilizan también la contratación mercantil para encubrir verdaderas relaciones laborales, en fraude del Derecho laboral. Así, si la relación jurídica articulada a través del contrato administrativo de servicios reúne en verdad las características del artículo 1 del ET, entonces se tratará de una relación laboral.³⁴

³⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V., y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “El personal laboral del sector público”, *Aranzadi Social*, nº 14/2007.

³¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “El personal laboral del sector público”, *Aranzadi Social*, nº 14/2007. En este sentido, las SSTs de 13 de abril de 1989, 18 de diciembre de 1991, 2 de febrero, 27 de abril, 13 de julio, 15 y 24 de septiembre y 4 de diciembre de 1998, y 29 de septiembre de 1999. SEMPERE NAVARRO, A.V., “Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad en las Administraciones Públicas”, en “Las relaciones laborales en las administraciones locales”, *Coord. GÁRATE CASTRO, J.*, Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputación Provincial de Zaragoza, 2004, pg. 76.

³² PÉREZ LUQUE, A., “Personal temporal en las Corporaciones Locales”, Abella, Madrid, 1989, pg. 25 y MENÉNDEZ SEBASTIAN, P., “Los contratos de servicios del sector público. Prestaciones Intelectuales, asistencias y consultorías”, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2009, pg. 431.

³³ Entre otras Sentencias, la de la Sala Social del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2002 indica que “los aspectos formales no alteran lo que aquí prima: relación de subordinación y dependencia, retribuida, dentro del ámbito rector de la corporación (aún con autonomía, por razón de las mismas funciones, de jornada y organización), en la que se hacía efectiva una deuda de trabajo, no un resultado, realizado por sí, como obligación personal nacida de la propia relación”.

³⁴ No puede ser objeto del presente trabajo el análisis en profundidad de las características definitorias de la relación laboral. En todo caso, siguiendo a LUJÁN ALCARAZ, J., (“El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 58, 2005, pg. 40), puede destacarse que el Estatuto de los Trabajadores positivizó la interpretación jurisprudencial y doctrinal

Qué criterios objetivos ponen de manifiesto la dependencia y ajeneidad es una cuestión que puede ser difícil de determinar en abstracto, pero podrían aplicarse numerosos criterios: los de la Ley del IRPF para distinguir cuándo la actividad de arrendamiento de inmuebles es verdadera actividad económica (tener un local y un empleado afectos a dicha actividad), o la simple constatación de que el prestador del servicio no tiene más clientes al margen de la Administración contratante³⁵, que no tiene los medios personales y materiales propios de una organización autónoma, o que utiliza los medios de la Administración Pública contratante para realizar el trabajo, se somete a instrucciones en régimen de subordinación, o realiza el servicio en la sede administrativa con sometimiento al horario del personal laboral o funcionario, o se le reconocen períodos de descanso y vacaciones propios del personal laboral o funcionario.³⁶

En definitiva, se trata de que el prestador del servicio tenga una propia organización empresarial o profesional y no realice la prestación bajo el poder de dirección de la Entidad contratante, en condiciones de ajeneidad y dependencia. Es decir, que los contratos administrativos no pueden celebrarse con personas físicas que desarrollen un trabajo dependiente e inserto en la estructura organizativa del Ente Público contratante.³⁷

En conclusión, sí existe un criterio que determina cuándo procede el contrato laboral y cuándo procede el contrato administrativo de servicios, y ese criterio viene establecido por la propia legislación laboral, concretamente por el artículo 1 del ET, que establece las características que definen la relación la-

de las notas de laboralidad, declarando que la dependencia definitoria de la relación laboral significa la integración del trabajador en el círculo rector, orgánico y disciplinario del empresario por cuya cuenta se realiza el trabajo. No obstante se trata de conceptos jurídicos interpretables, y, por ello, como indica el citado autor, “la determinación de la existencia del contrato de trabajo ha dejado de ser una operación técnicamente muy problemática”.

³⁵ Anteriormente la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, al regular los contratos de consultoría y asistencia y de servicios, establecía en su artículo 198 que las empresas adjudicatarias debían “disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato”. En relación con esta exigencia, se ha entendido que para que la relación con una persona física no se considere laboral, deben concurrir las notas propias del trabajo autónomo, según la Ley 20/2007, de 11 de julio, reguladora del Estatuto del Trabajador Autónomo.

³⁶ SSTs de 2 de febrero, 27 de abril, 15 d y 24 de septiembre y 4 de diciembre de 1998.

³⁷ CORDERO SAAVEDRA, L., “Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas”, Laborum, Murcia, 2003, pg. 140.

boral.³⁸ Por tanto, la Administración Pública no es libre para configurar una relación y denominarla como contrato administrativo, si realmente presenta las características propias de una relación laboral. Y la calificación de una contratación como laboral o administrativa no depende del nombre que las partes le hayan dado, sino de su contenido, de modo que la apariencia de autonomía e independencia del contratado no son determinantes.³⁹ Así, que el contratado emita facturas con IVA y que esté afiliado al régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social no determina la verdadera naturaleza del contrato, sino que puede ser una mera apariencia.

Cosa distinta es que, en aquellos casos en que la Administración puede elegir si contrata, bien a un trabajador, bien a una empresa o profesional independiente, opte por esto último. Así, un servicio de limpieza puede realizarse teniendo en plantilla los empleados, con contratos laborales, o bien contratando a una empresa de limpieza mediante un contrato administrativo de servicios. Si esta empresa tiene una estructura organizativa propia de una actividad económica independiente organizada, no hay reproche a que efectivamente exista un contrato administrativo de servicios.⁴⁰

En todo caso, como indica MENÉNDEZ SEBASTIÁN⁴¹, existe fraude a la normativa laboral cuando el contrato administrativo tiene por objeto un conjunto difuso de actividades (ya que, para la validez del contrato administrativo, su objeto debe estar concretado), y cuando tiene por objeto actividades normales y tareas permanentes del Ente contratante, pues el espíritu de la legislación sobre contratación administrativa es cubrir necesidades ocasionales.

³⁸ Dicho artículo 1 ET establece que “la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.” Ello debe ponerse en conexión con el artículo 8.1 ET, que dispone que “el contrato de trabajo (...) se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.”

³⁹ Entre otros muchos, ver SEMPERE NAVARRO, A., “Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad en las Administraciones Públicas”, Serie Claves del Gobierno Local, 2, Fundación Democracia y Gobierno Local, pg. 78.

⁴⁰ Cosa distinta son los límites de la externalización de servicios.

⁴¹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, Aranzadi Social, n° 14/2000.

1. Irregularidades derivadas de la contratación administrativa en fraude del Derecho laboral.

Una vez expuestos los criterios que nos permiten distinguir cuándo nos hallamos ante un contrato administrativo y cuándo ante una relación laboral encubierta, procede exponer cuál es la problemática que plantea la celebración de contratos administrativos que encubren relaciones laborales. Esta problemática presenta dos aspectos:

a) La celebración de un contrato administrativo que encubre una verdadera relación laboral supone la sustracción al trabajador de todos los derechos que le reconoce el Ordenamiento Laboral y la Seguridad Social. Derechos relativos, entre otras cosas, a la estabilidad laboral, causas de suspensión, modificación y extinción del contrato laboral, retribuciones, régimen de vacaciones y jornada laboral, y acogimiento al Régimen General de la Seguridad Social con el consiguiente deber de cotizar del empresario y el trabajador.

b) La utilización de contratos administrativos para encubrir relaciones laborales es un fraude al derecho de acceso a los empleos públicos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, reconocido en los artículos 23.2 y 14 de la Constitución. Y la lesión de estos principios constitucionales se produce en un doble sentido:

En primer lugar, al celebrar el contrato administrativo que encubre la relación laboral, no se ha tramitado el proceso selectivo legalmente establecido para reclutar personal laboral (fijo o temporal), por lo que la persona contratada entra a prestar servicios en la Administración Pública sin haber superado el correspondiente proceso selectivo (que se exige incluso para la contratación de laborales temporales).

Además, la normativa reguladora de los contratos administrativos es muy pobre en la protección de la concurrencia competitiva basada en los principios de mérito y capacidad. En efecto, la legislación de contratos del Sector Público, permite celebrar contratos menores de servicios con el límite de 18.000 euros, de manera que en todos estos casos no hay publicidad ni concurrencia competitiva. Además, permite también celebrar contratos negociados hasta los 100.000 euros, sin exigir publicidad si no se superan los 60.000 euros, en cuyo caso, basta con solicitar, si las circunstancias lo permiten, tres ofertas y elegir la que se considere mejor. Por tanto, el juego que da esta regulación para contratar personas “a dedo” es enorme. En todo caso, los procedimientos establecidos por la legislación de contratos no son los adecuados para seleccionar personal.

En este sentido, ya en 1982 señalaba MARTÍNEZ BLANCO⁴² que la legislación vigente no establecía el procedimiento de selección de los contratados administrativos y que las Administraciones Públicas habían procedido siempre discrecionalmente. Esta discrecionalidad la consideraba inadmisibles cuando tales contrataciones administrativas operaban en la práctica como una vía de entrada estable en la Función Pública.

2. Consecuencias jurídicas de la contratación administrativa en fraude del Derecho laboral.

A. La figura del trabajador indefinido no fijo: origen jurisprudencial y reconocimiento legal.

Como se ha expuesto con anterioridad, la celebración de contratos administrativos de servicios que encubren relaciones laborales constituye un fraude a la normativa laboral, por un lado, y a la normativa sobre selección de empleados públicos, por otro lado. La legislación de contratos es consciente del problema, estableciéndose en el artículo 301.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que “a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante.”

Esta previsión legal, sin embargo, alude solamente al drástico caso en que pretendiera contratarse como laboral o como funcionario a una persona por el simple hecho de haber prestado servicios mediante un contrato administrativo de servicios, pero no regula el problema de la utilización de contratos administrativos que encubren relaciones laborales⁴³, planteándose el difícil problema de la delimitación de ambas figuras.⁴⁴ En tal caso, si el contratado acude a los órganos judiciales del orden social, éstos van a declarar que existe una relación laboral.⁴⁵

⁴² MARTÍNEZ BLANCO, A., “El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas”, Documentación Administrativa, n.º. 194, 1982, pg. 45.

⁴³ TOLIVAR ALAS, J., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., “Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, RAP, n.º 176, 2008.

⁴⁴ ROMERO RÓDENAS, J.J., “Relaciones laborales en el empleo público”, *Ibidem* Ediciones, Madrid, 1995, pg. 77.

⁴⁵ Así, el Tribunal Supremo, en las Sentencias de 26 de octubre de 1992, 2 y 10 de febrero de 1998 y 21 de enero de 1999, en doctrina unificada, concluye que la indebida utilización del contrato administra-

Por tanto, se va a reconocer la existencia de una relación laboral. Y debe destacarse que dicha relación laboral se ha concertado sin tramitar el correspondiente proceso selectivo de acuerdo con la normativa sobre selección de empleados públicos.

El problema es aún mayor si se han vulnerado los supuestos o los límites temporales que afectan a la contratación laboral temporal, en cuyo caso entran en juego las normas del Estatuto de los Trabajadores que atribuyen el carácter indefinido⁴⁶ a la relación laboral. Ahora bien, la aplicación de esta normativa al personal del Sector Público plantea un choque con la normativa administrativa sobre reclutamiento de empleados públicos, que se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, y que exige la necesaria superación del correspondiente proceso selectivo basado en estos principios para poder adquirir la condición de personal laboral indefinido (es decir, fijo). Concretamente, el Estatuto de los Trabajadores contiene las siguientes normas tuitivas del trabajador:

- El artículo 15.3 ET establece que: “se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”.

- El artículo 15.1.a) ET establece, respecto de los contratos de obra o servicio determinados, que “no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.”⁴⁷

- El artículo 15.5 ET establece límites al encadenamiento de contratos temporales⁴⁸, disponiendo que “los trabajadores que en un periodo de treinta me-

tivo es fraudulenta a tenor de los artículos 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 6.4 del Código civil, en conexión con la irrenunciabilidad de derechos establecida en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. Ver SEMPERE NAVARRO, A.V., y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “La contratación laboral en las Administraciones Públicas”, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pg. 28.

⁴⁶ El Estatuto de los Trabajadores utiliza la expresión “indefinido” como sinónimo de “fijo”.

⁴⁷ Este límite ha sido introducido por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

⁴⁸ La norma sobre encadenamiento de contratos temporales fue introducida por el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio y por Ley 43/2006, de 29 de diciembre, y ha sido posteriormente modificada por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre. La aplicación de este artículo 15.5 ha sido suspendida durante el periodo de los dos años siguientes a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto.

ses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.⁴⁹

- El artículo 15.2 ET establece que “adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos (...)”.

- El artículo 49.1.c) ET establece que “los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios. Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.”⁵⁰

Estas normas tuitivas son de distinta naturaleza. El artículo 15.3 ET constituye una aplicación de la figura del fraude de ley, que se fundamenta en la elu-

⁴⁹ Dicho artículo 15.5 añade que “Lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. (...). Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.”

⁵⁰ Las reformas que ha sufrido este párrafo c del artículo 49.1 ET han sido para establecer indemnizaciones, pero el resto de la redacción es la inicial.

El artículo 49 ET no se refiere al contrato de interinidad ni al eventual, pero para ellos el artículo 8.2 del Real Decreto 2720/1998 establece que si no se produce la denuncia previa a la finalización de la causa de la temporalidad, se entenderán concertados por tiempo indefinido. En similares términos se expresan los artículos 21 y 22 del Real Decreto 488/1998, para los contratos formativos.

sión de una norma (la que establece el carácter indefinido de los contratos laborales) mediante una norma de cobertura (la que regula el contrato temporal) para lograr un objetivo distinto a la finalidad de la misma y contrario al Ordenamiento Jurídico (conseguir la temporalidad del vínculo laboral en casos en que no procede).⁵¹ Por su parte, los artículos 15.5 y 15.1.a) ET son supuestos de aplicación automática del carácter indefinido del contrato si se da el supuesto de hecho (de manera que no requieren acreditar la existencia de un fraude de ley).⁵² Finalmente, los artículos 15.2 y 49.1.c) ET admiten la prueba de que la relación laboral es verdaderamente temporal, por lo que se trata de presunciones *iuris tantum*.

Pero, en todos los casos en que corresponda aplicar dichos artículos, la consecuencia jurídica prevista es la misma: la relación laboral es considerada fija (el Estatuto de los Trabajadores utiliza la palabra indefinida como sinónimo de

⁵¹ Sobre los elementos integrantes de la figura del fraude de ley en el ámbito de la contratación temporal me remito al estudio realizado por NICOLÁS BERNARD (NICOLÁS BERNARD, J.A., “El fraude de ley en la contratación temporal y su incidencia en el contrato de trabajo para obra o servicio determinado”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2008, pg. 25 y ss.). Sí debe destacarse que la conducta defraudatoria no tiene que ser necesariamente intencionada o de mala fe, sino que prevalece la tesis objetiva, según la cual basta que se constate la vulneración del ordenamiento jurídico. En esta línea, indica la STS de 6 de marzo de 2009 que “el fraude de ley del que habla el último precepto no implica siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (*dolus malus*), sino la mera y simple constancia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, y sí una prestación de servicios que es clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad empresarial”.

⁵² El artículo 15.5 ET establece una consecuencia jurídica ligada a un hecho objetivo (un determinado encadenamiento de contratos temporales) que no exige la intencionalidad de vulnerar las normas laborales, ni siquiera la concurrencia de fraude de ley. Además, los efectos son muy claros: como indica NICOLÁS BERNARD, los trabajadores “adquirirán la condición de trabajadores fijos”, a diferencia de la presunción *iuris tantum* que establecía el artículo 8.2 del Real Decreto 2720/1998 para el caso de continuación en la prestación de servicios una vez cumplido el plazo máximo del contrato temporal. (NICOLÁS BERNARD, J.A., “El fraude de ley en la contratación temporal y su incidencia en el contrato de trabajo para obra o servicio determinado”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2008, pg. 64 y 69).

En cuanto a la nueva redacción del art. 15.1.a) ET, el transcurso del plazo máximo fijado para el contrato de obra provoca también automáticamente su transformación en indefinido. Lo que sí se ha planteado la doctrina es qué incidencia tiene en la naturaleza del contrato de obra o servicio determinado el establecimiento de un plazo de duración máximo por la ley. Al respecto, como indica VICENTE PALACIOS, el contrato sigue teniendo por causa una obra o servicio determinado, cuya realización determina la duración del contrato, sin que se pueda establecer directamente la duración máxima si no lo requiere la obra o servicio de que se trate. Lo que sí ocurrirá es que, cuando la obra o servicio exceda de la duración máxima establecida en el art. 15.1.a) ET, el contrato devendrá indefinido. (VICENTE PALACIOS, A., “Capítulo I. La contratación temporal”, en AA.VV., “La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa”, Dir. y Coord. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., Comares, Granada, 2011, pg. 48.)

fijeza). Sin embargo, la aplicación de estas normas tuitivas al personal laboral del sector público choca con la normativa sobre acceso al empleo público, que se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo cual implica la necesaria superación del correspondiente proceso selectivo basado en estos principios para poder adquirir la condición de trabajador fijo.

La tensión entre ambas normativas, la laboral y la administrativa, no fue inicialmente resuelta por el legislador, por lo que fue la jurisprudencia la que tuvo que dar respuesta al problema, y lo hizo creando la figura del trabajador indefinido no fijo⁵³, con ocasión del análisis de las consecuencias de la contratación laboral temporal más allá de los límites temporales marcados por la ley o realizada en fraude de ley.⁵⁴ Posteriormente, la Ley 43/2006 introdujo la Disposición Adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores para aclarar la aplicación a las Administraciones Públicas de la regla del artículo 15.5 ET sobre encadenamiento de contratos, y tras la reforma operada por la Ley 35/2010, dicha Disposición Adicional también es aplicable al caso del artículo 15.1.a) ET. No es, por tanto, una solución legal completa. Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público sí parece reconocer la figura del trabajador indefinido no fijo, ya que en su artículo 11 establece que el personal laboral podrá ser “fijo, por tiempo indefinido o temporal”, aunque no ha regulado su régimen jurídico.

No procede aquí analizar en profundidad la figura del trabajador indefinido no fijo⁵⁵, pudiendo indicarse someramente que consiste en que se reconoce la existencia de un contrato laboral indefinido, pero el trabajador no consolida la condición de fijo de plantilla, sino que la Administración Pública tiene la obligación de tramitar el correspondiente procedimiento selectivo o de provisión de puestos o promoción interna que corresponda para ocupar definitivamente el puesto de trabajo, tras lo cual se extinguirá el vínculo del trabajador indefinido no fijo (salvo que sea este trabajador el que supere el proceso selectivo).

⁵³ Especialmente a partir de la STS de 7 de octubre de 1996, y destacando la STS de 27 de mayo de 2002.

⁵⁴ La doctrina jurisprudencial sobre el trabajador indefinido no fijo ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en los Autos 122/2009, 124/2009 y 135/2009.

⁵⁵ De hecho, la construcción jurisprudencial de esta figura se ha producido durante un largo proceso a través del cual ha habido varias posiciones, desde la asunción completa de la normativa laboral (ver, entre otras las SSTs de 18 de julio de 1990 y 18 de marzo de 1991), hasta la inaplicación de la misma por dar preferencia absoluta a los principios constitucionales en materia de acceso al empleo público (posición relegada, entre otras, en las SSTs de 9 de octubre de 1985, 21 de febrero de 1986 y 7 de marzo de 1989).

Esta figura ha planteado numerosos problemas en cuanto a los efectos que se derivan de la situación del trabajador judicialmente declarado como indefinido no fijo, y en cuanto a la propia naturaleza de esta figura, debido a la aparente contradicción que ello implica (pues los términos indefinido y fijo vienen considerándose sinónimos). Al respecto, la STS de 7 de octubre de 1996 señalaba que la calificación del contrato como indefinido “no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública”. Por su parte, las SSTS de 20 y 21 de enero de 1998 dieron un mayor grado de concreción a la figura, reiterando el deber de la Administración Pública de cubrir el puesto de trabajo por los procedimientos ordinarios. La doctrina ha oscilado entre considerar que se trata de un contrato indefinido pero con particularidades⁵⁶, o bien un contrato de interinidad por vacante⁵⁷.

Además, las resoluciones judiciales no terminaban de concretar cuál era el modo en que se extinguía la relación laboral del trabajador indefinido no fijo, de manera que se dudaba sobre si la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo constituía una causa de extinción sin tener la calificación de despido (por lo que no se devengaba ninguna indemnización⁵⁸), o si se trataba de un despido por causas objetivas, debiendo aplicarse lo dispuesto en los artículos 51 y 52 ET (con la correspondiente indemnización⁵⁹), o si cabía aplicar por analogía a

⁵⁶ GOERLICH PESET, J.M.^a, y VEGA LÓPEZ, J., “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla”, *Relaciones Laborales*, n.º 11, 1998, pg. 14 y ss., y BOLTAINA BOSCH, X., “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública”, *Aranzadi Social*, n.º 4/2002, pg. 83 y ss. Se concluye que, en general, se aplica la normativa laboral correspondiente al contrato indefinido (normas sobre condiciones de trabajo, movilidad y vicisitudes del contrato laboral, tales como la suspensión y extinción, así como los derechos en las elecciones sindicales y las normas sobre Seguridad Social). Pero el trabajador indefinido no fijo queda privado de aquellos derechos, ventajas y expectativas laborales que se derivan del acceso mediante los procedimientos reglamentarios ajustados a los principios de mérito y capacidad, tales como las normas sobre promoción profesional y sobre funcionarización del personal laboral indefinido.

⁵⁷ ALZAGA RUIZ, I., “Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial”, *Edersa*, Madrid, 2000, pg. 124. Ver también SALA FRANCO, T., “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, en AA.VV., “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *MTAS*, 2001, pg. 101. Ambas figuras (indefinido no fijo e interino) presentan importantes similitudes (pues ambos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupan, y no tienen derecho a disfrutar de excedencias voluntarias ni a participar en concursos de traslados), pero existe una importante diferencia, consistente en que el trabajador indefinido no fijo sigue prestando sus servicios sin causa de temporalidad alguna, es decir, sin vinculación directa con una vacante concreta.

⁵⁸ Teoría que se desprende de lo expuesto en las SSTS de 20 y 21 de enero de 1998.

⁵⁹ Ver en este sentido ver BORRAJO DACRUZ, E., “Contratación laboral temporal y Administra-

lo establecido en el artículo 49.1.c) ET sobre extinción de contratos temporales por expiración del tiempo determinado convenido.⁶⁰ Al respecto, la STS de 27 de mayo de 2002 señaló que “la ocupación definitiva mediante un procedimiento reglamentario de selección de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido, hace surgir una causa de extinción subsumible en el artículo 49.1.b) ET”, considerando que se trataba de una condición resolutoria consignada válidamente en el contrato de trabajo. Así, la cobertura de la plaza por los procedimientos reglamentarios constituiría el cumplimiento de la condición resolutoria, con la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización.

La nueva redacción de la DA 15ª ET tras la Ley 35/2010⁶¹ parece dejar claro que no hay derecho a indemnización, pues se limita a disponer que “se producirá la extinción de la relación laboral”, expresión que ha sido interpretada en el sentido de que el legislador ha tipificado una nueva causa de extinción de la relación laboral, fuera del artículo 49 ET.⁶² Esta conclusión ha sido criticada por la doctrina⁶³, por entender que la Administración Pública no es sancionada por la infracción de la normativa sobre contratación temporal, y que

ciones Públicas: evolución jurisprudencial” *Actualidad Laboral*, 1998-I, GOERLICH PESET, J.Mª., y VEGA LÓPEZ, J., “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla”, *Relaciones Laborales*, nº 11/1998, pg. 14 y ss., y LAHERA FORTEZA, J., “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública (Comentario a la STS de 27 de mayo de 2002)”, *Relaciones Laborales*, nº 23 y 24/2002, pg. 67 y ss.

⁶⁰ Ver NICOLÁS BERNARD, J.A., “La duración del contrato de trabajo en el empleo público”, *Comares*, 2002, pg. 55 y ss.

⁶¹ Tras la reforma operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, el apartado 1 de la Disposición Adicional 15ª ET ha quedado con la siguiente *Revista Española de Derecho Administrativo*:

“Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus Organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.”

⁶² RAMOS MORAGUES, F., “El personal laboral de las Administraciones Públicas”, *La Ley*, Madrid, 2011, pgs. 344 y 345, y BLASCO PELLICER, A., “La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado”, *Actualidad Laboral*, nº 2/2011.

⁶³ Ver RIVERO LAMAS, J., “Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones

el trabajador queda totalmente desprotegido, al no percibir ni siquiera una indemnización. Incluso se ha planteado la duda de si la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo, así como la propia Disposición Adicional 15ª ET, son contrarias a 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), que establece la obligación del Estado de prever una serie de medidas para desincentivar el encadenamiento de los contratos (entre ellas la adquisición de fijeza), y, en caso de no adoptarse éstas, la obligación de adoptar “otras medidas legales equivalentes” que produzcan el mismo efecto desincentivador.⁶⁴

Pero lo más relevante, a efectos del presente estudio, es que la figura del trabajador indefinido no fijo presenta importantes lagunas respecto de los principios de igualdad, mérito y capacidad, ya que en la práctica queda en poder de las autoridades la efectiva convocatoria del proceso de cobertura de la plaza ocupada por dicho trabajador, lo cual, en numerosos casos de falta de voluntad administrativa por efectuar dicha convocatoria, provoca la consolidación “de facto” del trabajador, que no ha superado el correspondiente proceso selectivo para adquirir la condición de personal laboral fijo.⁶⁵

Públicas: marco general”, en AA.VV., “Las relaciones laborales en las Administraciones Locales”, Coord. GÁRATE CASTRO, J., Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, pg. 37, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La contratación temporal sucesiva: los desajustes de nuestra legislación al Derecho Comunitario”, Relaciones Laborales, n° 9/2004, y MOLERO MARAÑÓN, M.L., “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido”, Relaciones Laborales, n° 1/2004, pg. 32 y ss., donde se concluye que la Administración tiene ahora un modelo de contrato a la medida de sus intereses.

⁶⁴ A este respecto, la citada figura, tal y como resulta de la Jurisprudencia y de la Disposición Adicional 15ª ET, no conlleva la conversión del contrato laboral en fijo, y no recoge ninguna medida legal equivalente, pues ni siquiera se reconoce el derecho del trabajador indefinido no fijo a percibir una indemnización cuando su contrato se extinga al ser cubierta la plaza que ocupa mediante el correspondiente procedimiento de cobertura.

La cuestión de las “medidas legales equivalentes” ha sido analizada en particular en las Sentencias del TJCE de 7 de septiembre de 2006, Asuntos C-53/04 (caso Marrosu y Sardino) y C-180/04 (caso Vassallo), de las que cabe concluir que el TJCE entiende que una normativa nacional que no reconozca la conversión del contrato en indefinido, pero que establece “normas imperativas respecto a la duración y renovación de los contratos de duración determinada y el derecho a la reparación de los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo por la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada” parece ser ajustada a la citada Directiva.

⁶⁵ A ello se refieren, entre otros, NICOLÁS BERNARD, J.A., “La duración del contrato de trabajo en el empleo público”, Comares, 2002, pg. 56, GONZÁLEZ BIEDMA, E. y CALVO GALLEGU, J., “Notas sobre las relaciones de trabajo en las Empresas Públicas”, en “La Administración Instrumental, libro homenaje a Clavero Arévalo”, Civitas, Madrid, 1994, pg. 1149, RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.,

B. Aplicabilidad de la figura del trabajador indefinido no fijo a los contratos administrativos que encubren relaciones laborales.

La doctrina jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo de plantilla se ha construido en el ámbito de la contratación laboral temporal fraudulenta, pero autores como MENÉNDEZ SEBASTIÁN⁶⁶ estiman conveniente analizar en qué medida esta doctrina es aplicable a la contratación administrativa que encubre relaciones de dependencia. En todo caso, puede concluirse que, si se declara judicialmente que el contrato administrativo encubría una relación laboral, y se constata que concurre alguno de los supuestos en que el Estatuto de los Trabajadores atribuye la condición de fijeza (artículos 15.1.a, 15.2, 15.3, 15.5 y 49.1.c ET), dicha doctrina jurisprudencial será aplicable. En esta línea, nos recuerda la citada autora que la jurisprudencia ha admitido su aplicación cuando los contratos administrativos se intercalan con laborales temporales (SSTS de 20 y 21 de enero de 1998 y 30 de marzo de 1999), e incluso en algún caso en que sólo han existido contratos administrativos (STS de 13 de julio de 1998).

“Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *Aranzadi Social*, 42/2010, y CHAVES GARCÍA, J.R., “Laborales por la puerta falsa de las sociedades de capital público: ¿fijos, indefinidos, interinos?”, en <http://bigoles.conectia.es/upload/articulos/pdf/53/488.pdf>.

En esta línea, CASTILLO BLANCO se ha planteado la posibilidad de que la figura del indefinido no fijo diera lugar a “la apertura de una nueva vía de acceso al empleo público” de modo que “gestores públicos sin escrúpulos realicen sucesivas contrataciones fraudulentas” para conseguir por la vía de los Tribunales “la consecución de un empleo público por conocidos o simpatizantes” sin superar el correspondiente proceso selectivo. Al respecto, cita la Sentencia 385/1994, de 26 de julio de 1994, del Juzgado de lo Social nº 5 de Málaga, que, en relación con los contratos temporales irregulares celebrados por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, hacía referencia expresamente a la generalización del acceso a puestos de trabajo con carácter de fijo mediante la aplicación de la citada jurisprudencia, en virtud de la dejación, por parte de los gestores públicos, de su obligación de elegir los contratos laborales correctos para no dar lugar a este fenómeno.

Es más, esta Sentencia, barajando que podía tratarse incluso de “un plan preconcebido”, acordó poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal por si se había producido un delito de prevaricación, “ante el escandaloso estado al que se está llegando”, haciendo referencia a que hasta 100 demandas se presentaban de manera acumulada, lo cual permitía concluir que el encadenamiento de contratos temporales no era un hecho aislado, sino que “cualquier observador objetivo” pensaría mal. (CASTILLO BLANCO, F.A., “Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público: a propósito de los contratos temporales en el sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 86, 1995).

⁶⁶ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, *Aranzadi Social*, nº 14/2000.

Debe distinguirse, pues, si lo que subyace bajo el contrato administrativo es una relación laboral verdaderamente temporal, o bien se ha producido, además del encubrimiento de una relación laboral, otro incumplimiento más, consistente en abusar de dicha temporalidad más allá de los límites legalmente permitidos.

A este respecto, NICOLÁS MARTÍNEZ⁶⁷ se refiere al supuesto en que el contrato administrativo tenía por objeto una obra o servicio que tiene autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad del Ente contratante, en cuyo caso, si se declara que encubría una relación laboral, ésta no sería calificada como indefinida no fija, sino que se trataría más bien de un contrato laboral temporal de obra o servicio determinado. Por tanto, cuando el Ente contratante ponga fin a su relación con el trabajador al concluirse la obra o servicio determinado, no se tratará de un despido, sino de la válida extinción del contrato laboral temporal. El hecho de que el contrato laboral temporal no estuviera formulado por escrito, puesto que estaba oculto bajo la forma de un contrato administrativo, no determina que la relación laboral se considere indefinida, ya que el Estatuto de los Trabajadores establece en su artículo 8.2 que la no formalización por escrito del contrato de obra o servicio da lugar a que se presuma celebrado por tiempo indefinido, pero admitiéndose prueba en contrario, de manera que, si efectivamente se trata de una obra o servicio que tiene autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad del Ente contratante, procederá apreciar la existencia de un contrato laboral temporal de obra o servicio determinado.

Cuestión distinta es que la realidad que subyace al contrato administrativo entrañe una vulneración de la normativa laboral sobre supuestos y duración de los contratos laborales temporales. En tal caso, entrará en juego la figura del trabajador indefinido no fijo, ya que se trata de una relación laboral. Así, por ejemplo, si se han celebrado sucesivos contratos administrativos de servicios con una persona física, y resulta que los servicios se prestaban con las características propias de una relación laboral, y su duración excede de lo dispuesto en el artículo 15.5 ET, en tal caso se declarará que las relaciones eran laborales y que se ha producido un encadenamiento de contratos laborales con los efectos de la Disposición Adicional 15ª ET. Lo mismo sucederá si sólo hubo un contrato administrativo, pero para una necesidad permanente de la Adminis-

⁶⁷ NICOLÁS MARTÍNEZ, H.E., “Contratación laboral o administrativa de los empleados públicos”, en AA.VV., “El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral”, Coord. GAYARRE CONDE, I., y BURZACO SAMPER, M., Dyckinson, Madrid, 2009, pg. 248.

tración: si el servicio se prestaba con las características propias de una relación laboral, se declarará que la relación era laboral, y además será de aplicación la figura del trabajador indefinido no fijo, por existir un uso fraudulento de la contratación temporal (para necesidades que no son temporales) que da lugar a la declaración de fijeza por el artículo 8.1 ET.

C. Posible inaplicabilidad de la figura del trabajador indefinido no fijo por ser nula la relación laboral encubierta.

Como se acaba de exponer, la jurisprudencia viene considerando aplicable la figura del trabajador indefinido no fijo cuando se aprecia que el contrato administrativo encubre una relación laboral. No obstante, algunos autores⁶⁸ se han planteado la posibilidad de que la figura del trabajador indefinido no fijo no resulte aplicable cuando la relación inicial con el trabajador se ha constituido sin que se haya superado el proceso selectivo que corresponde para seleccionar trabajadores temporales, entendiéndose que, en tal caso, la aplicación de dicha figura jurisprudencial podría resultar contraria a los principios constitucionales de mérito y capacidad que también rigen en el acceso al empleo público laboral temporal, por contribuir a la consolidación de empleos temporales irregularmente generados (al no haberse respetado los principios de igualdad, mérito y capacidad).

Jurídicamente no es lo mismo encadenar contratos laborales temporales en virtud de sucesivos nombramientos resultantes de la correcta aplicación de las normas sobre bolsas de trabajo de una Administración, que encadenar contratos temporales adjudicados sin respetar esas normas, o haber prestado servicios en virtud de un contrato administrativo menor o negociado sin publicidad, que, por tanto, fueron adjudicados sin respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Y es que, en efecto, tales principios constitucionales implican que la figura del trabajador indefinido no fijo solamente puede aplicarse a aquel trabajador que ha superado el correspondiente proceso selectivo para obtener su contrato laboral temporal, siendo después cuando se abusa de esta contratación tem-

⁶⁸ PALOMAR OLMEDA, A., "De nuevo sobre el tema de la contratación administrativa en el ámbito de las Administraciones Públicas. Comentario a la Sentencia del Juzgado núm. 31 de Madrid de 21 de marzo de 2005 (AS 2005, 1153)", *Aranzadi Social*, n.º 7/2005, y NICOLÁS MARTÍNEZ, H.E., "Contratación laboral o administrativa de los empleados públicos", en AA.VV., "El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral", Coord. GAYARRE CONDE, I., y BURZACO SAMPER, M., Dyckinson, Madrid, 2009, pg. 242 y 243.

poral, o se superan ciertos límites, lo cual provoca la aplicación de la figura del trabajador indefinido no fijo. Pero la relación laboral temporal inicial debe haber sido constituida con base en el correspondiente proceso selectivo.

Por tanto, la figura del indefinido no fijo no es aplicable si la relación o relaciones laborales temporales respecto de las cuales se ha producido el abuso, fraude o encadenamiento, no se constituyeron de acuerdo con el correspondiente proceso selectivo, pues en este caso se trataría de contratos laborales temporales nulos. La citada teoría ha surgido especialmente en el caso de contratos administrativos que encubren relaciones laborales, ya que, en estos casos, no se ha tramitado el proceso selectivo que correspondería para constituir una relación laboral, aunque fuera temporal.

Esta teoría está teniendo eco en algunas resoluciones judiciales, la mayoría de las cuales tratan casos en que se declara la existencia de relaciones laborales encubiertas bajo la forma de contratos administrativos, tales como las Sentencias del Juzgado de lo Social nº 7 de Valencia de 10 de julio de 1998 y del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid de 24 de mayo de 2005. Esta última declara la nulidad de pleno derecho de dicha relación laboral encubierta, precisamente por no haber sido tramitado el correspondiente proceso selectivo de acceso al empleo público laboral, ya que lo que se había tramitado era el procedimiento para celebrar contratos administrativos.⁶⁹ Y parte de que las irregularidades en la contratación laboral, en función de su naturaleza y gravedad, producen consecuencias jurídicas distintas. Así, cuando se ha celebrado un contrato laboral temporal respetando el procedimiento reglado de acceso para seleccionar personal laboral temporal, las irregularidades pueden dar lugar a

⁶⁹ Dicha Sentencia ha sido criticada por SELMA PENALVA por entender que “No se tiene en cuenta a la hora de dictar el fallo la manifiesta desigualdad que existe entre los contratantes cuando toma parte una administración pública, que obliga al sujeto que presta el servicio no sólo a aceptar una cobertura formal, (la de un contrato administrativo) que no se ajusta a la verdadera naturaleza de la relación, sino que además, movido por el deseo de prolongar la vida de su relación, debe asumir una cadena de sucesivas contrataciones aparentemente temporales sin una fundamentación auténtica de las justifique. Y lo que todavía resulta más llamativo, el juzgador, en lugar de advertir esta forma de abuso y corregirla, declarando no sólo la naturaleza laboral de la relación, sino también su duración indefinida al faltar cualquier causa de temporalidad, lo que hace es ratificarla apoyándose en la nulidad de pleno derecho.” Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el ciudadano sabe, o debe saber (porque la ignorancia de las normas no excusa de su cumplimiento) que a la Administración Pública sólo se puede acceder mediante el correspondiente proceso selectivo si se trata de un empleo laboral (ya sea temporal o fijo). Si su relación formal encubre una relación laboral, y no ha superado el citado proceso selectivo, no puede aspirar a acceder al empleo público de forma privilegiada, soslayando los principios de igualdad, mérito y capacidad. (SELMA PENALVA, A., “Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública: comentario a la SJS núm. 33 de Madrid, de 24 mayo 2005 (AS 2005, 1717)”, *Aranzadi Social*, nº 2/2005).

la declaración de indefinido no fijo. Pero cuando se produce la omisión total de dicho procedimiento, la relación temporal inicialmente constituida es nula de pleno derecho.

Incluso el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid planteó tres cuestiones de inconstitucionalidad relativas a los arts. 8.1, 15.2, 15.3 y 43.4 del Estatuto de los Trabajadores por entender que, en su aplicación a la contratación temporal y fija en el empleo público, infringen los arts. 14, 23.2 y 103 CE, especialmente si se tiene en cuenta que la aplicación de aquellos preceptos se ha articulado a través de la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo. Así, el Juzgado entendía que tales preceptos y dicha Jurisprudencia vulneran los artículos 14, 23.2 y 103 CE “cuando el defecto sustancial en la contratación consiste en la omisión del procedimiento selectivo ordenado para el acceso al empleo público”.

De este modo, en los tres casos analizados por el citado Juzgado, la relación originaria (relación laboral encubierta bajo un contrato administrativo) no se había constituido mediante el proceso selectivo que sería propio de un contrato laboral temporal, sino que se trataba de contratos administrativos o de contratos mercantiles⁷⁰

Al respecto, el Juzgado considera que los arts. 8.1, 15.2, 15.3 y 43.4 del ET infringen los arts. 14, 23.2 y 103 CE, en lo que afecta a su aplicación a la contratación en el empleo público (temporal o incluso fijo) si se incurrió en el defecto sustancial cualificado de la omisión del procedimiento de selección previsto o no se respetaron los principios establecidos en los arts. 23.2 y 103 CE.

⁷⁰ Así, en el caso del ATC 124/2009 los demandantes ante el Juzgado demandaron a Bai Promoción de Congresos S.A., y Televisión Española, S.A., solicitando que se declarase la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre la empresa cesionaria Televisión Española, S.A., y la cedente Bai Promoción de Congresos, S.A., así como su derecho a adquirir la condición de personal laboral fijo en la primera de ellas.

En el caso del ATC 135/2009 la demandante había prestado sus servicios al Ministerio de Cultura como restauradora de obras de arte, desde enero de 2007, suscribiendo hasta cuatro contratos administrativos de consultoría y asistencia técnica, solicita que se declare que su relación con el Ministerio es como laboral indefinida desde el inicio de su relación en 2007.

Y en el caso del ATC 122/2009, la demandante había prestado sus servicios por cuenta de Televisión Española, S.A., mediante un contrato de agencia que en realidad no respondía a las características definitorias del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sino a las características propias de una relación laboral, por lo que solicita al Juzgado que se declare que la relación mantenida con Televisión Española, S.A. es de carácter laboral e indefinida, y se le reconozca antigüedad como tal desde que empezó a prestar sus servicios de forma ininterrumpida para dicha Entidad.

En tales casos, entiende el Juzgado que no procedería convalidar la contratación como de duración indefinida, sino declararla nula e ineficaz.⁷¹

Además, añade el Juzgado que, de otra forma, el principio de igualdad quedaría malparado porque la convalidación de la relación como indefinida no fija beneficio al afectado, ya que le proporciona ventajas como el disfrute de un empleo y unas remuneraciones públicas por tiempo indeterminado, además de una mejor posición real para acceder a la cobertura definitiva de la vacante por el procedimiento reglado (a través, por ejemplo, del cómputo de su antigüedad como mérito). Y esta desigualdad entiende el Juzgado que se produce tanto respecto del resto de ciudadanos que podrían participar en un proceso selectivo, como respecto de los empleados públicos temporales que han sido contratados mediante el correspondiente proceso selectivo.

La respuesta del Tribunal Constitucional ha sido la misma en los tres Autos dictados (AATC 122/2009, 124/2009 y 135/2009): inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad por resultar notoriamente infundadas (art. 37.1 LOTC), al entender dicho Tribunal que la figura del indefinido no fijo construida por el Tribunal Supremo constituye una interpretación del Estatuto de los Trabajadores que, en su aplicación al empleo público, respeta los principios constitucionales de acceso al mismo (igualdad, mérito y capacidad). Sin perjuicio de que pueda analizarse la procedencia o no de calificar como notoriamente infundadas tales cuestiones de inconstitucionalidad⁷², lo más relevante es que el Tribunal Constitucional da por buena la aplicación de la doctrina jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo en general, lo cual comprende también los supuestos planteados por el Juzgado, en que, para la contratación temporal originaria, no se han respetado los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Así, el citado Tribunal señala que “los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios, para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legíti-

⁷¹ Sin perjuicio de aplicar lo dispuesto en el art. 9.2 ET (abono de los salarios correspondientes) e, incluso, de la reparación de los daños y perjuicios.

⁷² El Tribunal entiende que las cuestiones planteadas son notoriamente infundadas porque los artículos 14, 23.2 y 103 CE ya están suficientemente salvaguardados por la doctrina jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo, sin que proceda entrar en si existen interpretaciones alternativas que salvaguarden mejor dichos principios. Así, señala que “incluso si la interpretación alternativa que el órgano judicial enuncia (nulidad de la contratación) fuera la que mejor salvaguardase los valores constitucionales comprometidos, resultaría pertinente recordar que son posibles interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria distintas de otras que, acaso, hubieran respondido más plenamente a tales valores (...).”

mos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad”, concluyendo que “a evitar esos efectos se orienta precisamente la doctrina que el Tribunal Supremo ha sentado en estos temas. Por consiguiente, al margen de la hipótesis de una distinta interpretación de las normas cuestionadas (...) la doctrina que se discute toma en consideración los principios constitucionales, represente o no en casos como el que enjuicia el óptimo constitucional en su aseguramiento (...) ya que en todo caso impide (con la indefinición frente a la fijeza) que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución. (...) En definitiva, la duda que alienta el Juez proponente sobre la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas olvida que de nuestra Jurisprudencia se deduce la constitucionalidad de opciones interpretativas como las que concreta la Jurisprudencia unificada en la materia, lo que determina que la cuestión resulte notoriamente infundada.”

La clave de la argumentación del Tribunal Constitucional a favor de la aplicación de la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo a todos los supuestos es que con esta figura se consigue el principal objetivo, que es que el trabajador afectado no se consolide como fijo. Y, efectivamente, dicho efecto se consigue, puesto que el Organismo contratante está obligado a cubrir la plaza de conformidad con los procedimientos de cobertura normativamente regulados. Ahora bien:

1) Desde la perspectiva de los conceptos jurídicos, no parece que pueda consolidarse una situación originariamente viciada. En efecto, el Estatuto de los Trabajadores no entra en si la relación originaria ha sido válidamente constituida, porque no es una cuestión que interese al Derecho del Trabajo. En cambio, en el ámbito del Sector Público, el contrato laboral, incluso el de naturaleza temporal, debe constituirse de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Por tanto, en el Sector Público cabe declarar el carácter indefinido no fijo en los casos previsto por el ET solamente si la previa relación laboral temporal se ha constituido en virtud del correspondiente proceso selectivo de acceso al empleo público laboral temporal. En conclusión, no cabe aplicar la figura del trabajador indefinido no fijo:

– Si el contrato o contratos laborales temporales iniciales no se han celebrado mediante el correspondiente proceso selectivo de acceso al empleo laboral temporal público.

– Si la relación laboral originaria estaba encubierta bajo un contrato administrativo o mercantil, porque entonces nunca se habrá tramitado el correspondiente proceso selectivo de acceso al empleo público temporal. En este caso, el artículo 8.1 ET se aplica también al Sector Público, pero una vez que se declare la existencia de la relación laboral encubierta, siempre procederá la simultánea declaración de nulidad de la misma, por no haberse respetado los principios constitucionales de acceso al empleo público laboral temporal.⁷³

2) Desde la misma perspectiva de los principios constitucionales de acceso al empleo público, la figura del trabajador indefinido no fijo permite al afectado permanecer un tiempo en la plaza (hasta que se cubra), lo cual le permite alegar mayores méritos por servicios prestados cuando participe en procesos selectivos de concurso o concurso-oposición en general. Y, en particular, le atribuye una posición de privilegio si el Organismo contratante tramita un proceso de consolidación de empleo temporal para cubrir la plaza afectada. Ahora bien, esta problemática no es inherente a la figura del trabajador indefinido no fijo, sino que tal desigualdad puede eliminarse si se prohíbe el cómputo de los servicios prestados desde el momento en que se produce la irregularidad (fecha en que transcurre el plazo máximo de encadenamientos, por ejemplo).

En todo caso, debe señalarse que el Tribunal Supremo continúa aplicando la figura del trabajador indefinido no fijo a los supuestos de relaciones laborales encubiertas bajo contratos administrativos. Así, la STS (Sala de lo Social) de 21 de julio de 2011 reitera que los denominados “falsos autónomos”, tienen derecho a que su relación con la Administración Pública se transforme en una relación laboral por tiempo indefinido cuando, en definitiva, el autónomo sea tratado bajo los parámetros de laboralidad.

Así, el Tribunal Supremo reitera que cuando se dan las notas de dependencia, ajenidad y retribución, en el desarrollo de un contrato suscrito entre una Administración Pública y un trabajador, al que se trata como si fuera un autónomo, mediante la firma de contratos administrativos, hay que estar a la realidad de la relación, y no al nombre y formalización del contrato. Es decir, que

⁷³ Así pues, en realidad el artículo 8.1 ET no plantea ningún problema de inconstitucionalidad, porque su aplicación no presenta particularidades en el ámbito del Sector Público. Efectivamente, dicho artículo establece que el contrato de trabajo “se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”. Por tanto, si una persona presta servicios a una Entidad del Sector Público con las características de dicho artículo, procede declarar la laboralidad de dicha relación. Otra cuestión distinta será la validez de dicha relación laboral.

si, pese a la suscripción de un contrato administrativo como autónomo, el trabajador desarrolla su trabajo en las dependencias de la Administración Pública de que se trate, recibe órdenes de sus superiores como cualquier otro trabajador y, en definitiva, se inserta en la organización propia de dicha Administración, el contrato se declara fraudulento y, en conclusión, dicho trabajador adquiere la consideración de personal laboral por tiempo indefinido de la Administración contratante.

III. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA PARA FUNCIONES RESERVADAS AL PERSONAL FUNCIONARIO

1. Irregularidades derivadas de la contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario.

Al igual que se ha expuesto al analizar la contratación administrativa que encubre una relación laboral, en el caso de la contratación administrativa para realizar funciones reservadas al personal funcionario también se produce una infracción de la normativa sobre selección de los empleados públicos, ya que se están atribuyendo funciones propias del personal funcionario a quien no ha superado el proceso selectivo necesario para adquirir la condición de funcionario o al menos de funcionario interino. Por tanto, también queda frontalmente vulnerado el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución.

Pero, además, la utilización de la figura del contrato administrativo cuenta con un límite infranqueable, que es la prohibición de contratar actividades que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Así lo establece expresamente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 275.1, para el contrato de gestión de servicio público, y en su artículo 301.1, para el contrato de servicios.

Asimismo, el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público establece una reserva de funciones a favor del personal funcionario, al disponer que “en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.” Por tanto, la celebración de contratos administrativos para la realización de funciones reservadas al personal funcionario constituye una infracción de las citadas normas.

No es posible profundizar en el presente trabajo acerca de la delimitación exacta y concreta en cada caso de cuáles sean esas funciones reservadas al personal funcionario, pero sí debemos reiterar que el citado artículo 9.2 EBEP se refiere a la “participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas”, lo cual no es un concepto precisamente muy reducido. En este sentido, no se trata solamente de las potestades de expropiación, inspección, sanción, sino de todas las potestades administrativas, entre las que figuran, por ejemplo, la concesión de subvenciones públicas.

Al respecto, SÁNCHEZ MORÓN⁷⁴ entiende que las funciones a que se refiere el artículo 9.2 EBEP son el “núcleo esencial e indeclinable de la actividad administrativa”, y que se trata de los puestos de trabajo que impliquen funciones tales como la “elaboración y aprobación de actos administrativos limitativos de derechos, las actividades de inspección y sanción, la exacción de tributos o la emanación de órdenes de policía”. En cambio, considera que el ejercicio de otras actividades públicas, incluidas las meramente auxiliares de las citadas, no queda reservado a funcionarios.⁷⁵

Pero debe destacarse que, si nos ciñéramos a aquellas funciones que consisten directamente en ejercitar potestades públicas o salvaguardar intereses generales, entonces el ámbito reservado a los funcionarios sería realmente reducido, incluso podríamos decir que, en las actuales estructuras administrativas, quedaría casi ceñido a los puestos de estructura que no tienen carácter básico, y que fundamentalmente son de Grupo A1, puesto que son los Jefes de Servicio y Jefes de Sección los que dictan y firman los actos administrativos. Por tanto, un simple funcionario de Grupo A1 que ayuda a un Jefe de Sección, preparándole los expedientes y las resoluciones administrativas, podría ser un laboral, ya que no dicta actos administrativos, sino que ayuda al Jefe de Sección o de Servicio. Incluso un técnico que elabora informes que son determinantes para resolver el procedimiento administrativo podría ser laboral.

⁷⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F.A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Dir. SÁNCHEZ MORÓN, M., Lex Nova, Valladolid, 2007, pg 91.

⁷⁵ En definitiva, concluye que la reserva afectaría sólo a “funcionarios de determinados Cuerpos clasificados por el EBEP dentro del Grupo A (en sus dos subgrupos), conforme al anexo del Real Decreto 543/2001 citado, entre ellos los miembros de la Carrera Diplomática, Abogados del Estado y Letrados del Consejo de Estado y de la Seguridad Social, Técnicos Superiores y Economistas del Estado, Inspectores y Subinspectores de diferentes Ministerios, Agencia Tributaria, Seguridad Social y Consejo de Seguridad Nuclear, Interventores y Auditores, funcionarios de Instituciones Penitenciarias y algunos otros”.

Ahora bien, el citado artículo 9.2 del EBEP se refiere también a la “participación indirecta”, que, como tal, no puede consistir en dictar actos administrativos, sino más bien en participar en su preparación, por lo que el resto de tareas que en la Administración Pública coadyuvan a la tarea de dictar actos administrativos también quedarían reservadas a los funcionarios. Así, el empleado público que elabora borradores de resoluciones administrativas participa en la tramitación de los expedientes administrativos (aunque no firme las resoluciones administrativas) y presta asesoramiento a sus mandos superiores, por lo que debe ser también un funcionario, porque influye en la actividad de aquéllos. Se trata de verdaderas funciones públicas sin llevar aparejada la potestad de dictar el acto administrativo.⁷⁶

A efectos de distinguir las funciones que corresponden a laborales y a funcionarios, la doctrina más reciente establece una escala de intensidad en la exigencia del principio de objetividad e imparcialidad, que varía según el tipo de actividad de que se trate, de manera que, cuanto mayor sea la intensidad exigida, procederá la atribución de la función en exclusiva al personal funcionario.⁷⁷ En el primer grupo se encontrarían tareas de sectores como la Justicia, el orden público, la gestión tributaria⁷⁸, la concesión de subvenciones y la tramitación de procedimientos administrativos, mientras que en el segundo grupo se situarían sectores como el de los servicios sociales y prestacionales o de actividad económica. Podemos concluir, pues, que la reserva funcional del artículo 9.2 EBEP se refiere a las funciones que tengan trascendencia para la situación jurídica de los ciudadanos, afectando a sus derechos y obligaciones⁷⁹, pues en estos casos se requiere la nota de objetividad e imparcialidad que sólo puede proporcionar el estatuto funcional.

⁷⁶ DEL SAZ, S., “La laboralización de la Función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de alta dirección.”, DA, n° 243, 1995, pg. 149 a 151.

⁷⁷ Exponen esta teoría, entre otros, BOLTAINA BOSH, X. (“Los puestos de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. pg. 55 y 56), ILDEFONSO HUERTAS, R.M. (“Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección”, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2004, pg. 274), CASTILLO BLANCO, F.A., (“Los sistemas de selección en el empleo público español: reflexiones y propuestas”, en AA.VV., “El Estatuto de la Función pública a debate”, Colex, Madrid, 2003), y FONDEVILA ANTOLÍN, J., (“Constitución y empleo público: estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común”, Comares, Granada, 2000, pg. 151).

⁷⁸ Esta cuestión se revitaliza continuamente, en casos como el de la creación de la Agencia Tributaria de Andalucía, configurada como una Agencia de carácter especial (no una Agencia de carácter administrativo equivalente a un Organismo Autónomo íntegramente sujeto al Derecho Administrativo), cuyo personal en su mayoría se prevé laboral, aún tratándose de un Ente destinado a la gestión tributaria, con el consiguiente ejercicio continuo de potestades administrativas.

⁷⁹ Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla), en las Sentencias de 25

2. Consecuencias jurídicas de la contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario.

Como se ha expuesto anteriormente, la celebración de contratos administrativos que encubren relaciones laborales da lugar a que se declare judicialmente la existencia de una relación laboral. Ahora bien, la relación laboral que subyace bajo el contrato administrativo no puede tener por objeto funciones reservadas por ley al personal funcionario. Y si así hubiera sucedido, no podrá declararse la existencia de una relación funcional o de interinidad, porque estas relaciones sólo pueden nacer en virtud del correspondiente acto administrativo de nombramiento tras la tramitación del correspondiente proceso selectivo. Por tanto, nos encontramos con una relación laboral que tiene por objeto funciones reservadas por ley al personal funcionario.

La doctrina viene señalando la nulidad de la contratación de personal laboral para desempeñar funciones adscritas a funcionarios en la correspondiente relación de puestos de trabajo.⁸⁰ En relación con el artículo 15 de la Ley 30/1984, autores como GODINO REYES⁸¹ entendían que la lista de supuestos de dicho artículo en los que cabe contratar laborales tenía carácter taxativo o de *numerus clausus*. En tal sentido, si se contrataba a un laboral para realizar funciones fuera de esta lista, y que, por tanto, correspondían al personal funcionario, se planteó la cuestión de si el contrato laboral sería nulo, por estar celebrado fuera de las previsiones de dicho artículo. Dado que se trata de una norma imperativa, su vulneración haría nulo el contrato laboral⁸².

de mayo de 2009 (nº 597/2008) y 8 de febrero de 2011 (nº 113/2009), ha considerado que la reserva funcional afecta a las actuaciones de controles de seguimiento, comprobación de cumplimiento, registro, archivo, clasificación de documentos administrativos, tareas organizativas de los expedientes administrativos, y la tramitación de solicitudes con fijación de su prelación y su admisión. También la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, Sección Tercera, del TSJ de Andalucía, recurso nº 404/2010, anula una Orden de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía por la que se delegaba en una Agencia Pública Empresarial con personal laboral la facultad de conceder subvenciones, indicando esta Sentencia que la concesión de subvenciones implica el ejercicio de potestades administrativas, que no pueden ser ejercidas por el personal de esta Agencia, que es personal laboral.

⁸⁰ Ver MARTÍNEZ DE VIERGOL, A., "Relación laboral común versus relación laboral de régimen específico", en AA.VV., "Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Volumen I, MTAS, 2001, pg. 601.

⁸¹ GODINO REYES, M., "La problemática de la contratación laboral en la Administración Local", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 81, 1997.

⁸² LIMÓN LUQUE, M.A., "La igualdad en el acceso del personal laboral a la Función Pública: las limitaciones en la aplicación del Derecho del Trabajo", *Revista de Trabajo*, nº 99, 1990, pg. 110.

Por tanto, aunque se admita que existe una relación laboral encubierta y se entienda que procede aplicar la figura del trabajador indefinido no fijo, el contrato laboral ha de ser declarado nulo, pues recae sobre funciones reservadas al personal funcionario.

Sobre esta cuestión, y para el caso de que el prestador del servicio exija que se le reconozca la condición de laboral, MENÉNDEZ SEBASTIÁN⁸³ señala que no es pacífica la cuestión de utilizar contratos laborales temporales para cubrir las plazas adscritas a personal funcionario mientras se tramitan los correspondientes procesos selectivos. El Real Decreto 2720/1998 permite a la Administración celebrar contratos laborales de interinidad “mientras duren los procesos de selección para la cobertura definitiva de los puestos de trabajo”, de manera que no especifica que deban ser puestos de trabajo adscritos a personal laboral, por lo que parece que podrían también cubrirse así puestos funcionariales.⁸⁴ Sin embargo, se trata de una interpretación con fundamentos normativos muy débiles, porque puede entenderse que el citado Real Decreto está pensando solamente en el ámbito laboral, máxime si tenemos en cuenta que la normativa administrativa ya prevé la figura del funcionario interino. Por tanto, sería complicado reconocer la existencia de un contrato laboral (indefinido no fijo de plantilla) si se trata de funciones reservadas a funcionarios y además existe la figura del funcionario interino.⁸⁵

Por ello, entiende MENÉNDEZ SEBASTIÁN que otra solución más coherente con la legislación vigente (que reserva ciertas funciones a funcionarios) es nombrar al afectado funcionario interino⁸⁶. Ahora bien, para ser nombrado funcionario interino es preciso superar los correspondientes procesos selectivos, los cuales no ha superado quien ha sido irregularmente contratado a través de un contrato administrativo de servicios en el que, por tanto, no se ha tramitado el proceso selectivo propio de la interinidad de que se trate.

⁸³ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV., “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, MTAS, 2001, pg. 175.

⁸⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV., “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, MTAS, 2001, pg. 176.

⁸⁵ En contra del uso de la figura de la interinidad laboral para cubrir provisionalmente puestos administrativos, puede citarse a CAMPS RUIZ, L.M., “La contratación laboral temporal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pg. 60.

⁸⁶ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV., “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, MTAS, 2001, pg. 179.

Por tanto, lo máximo que cabría reconocer es la existencia de una interinidad pero con aplicación analógica del régimen de la figura del trabajador laboral indefinido no fijo, es decir, reconocer la condición de interino hasta que la plaza sea proveída por los procedimientos reglamentarios o amortizada. Y ello partiendo de que la figura del trabajador indefinido no fijo sea aplicable al caso de los contratos administrativos que encubren relaciones laborales, ya que, como se ha expuesto, parte de la doctrina y algunos órganos judiciales ya discuten que sea aplicable a este caso, porque la relación originaria no se ha constituido de acuerdo con los principios constitucionales de mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público, incluido el empleo público laboral temporal. En todo caso, la legislación vigente no da una respuesta expresa al problema, lo cual es necesario, atendida la complejidad de la situación y la habitualidad con la que se da.

IV. SUPUESTOS EN QUE RELACIONES DE AJENEIDAD Y DEPENDENCIA SON EXPRESAMENTE CALIFICADAS COMO CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA POR LA LEY

Como se ha expuesto anteriormente, la jurisprudencia viene admitiendo que la presunción de laboralidad del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores entra en juego cuando el contrato administrativo encubre una verdadera relación laboral. Sin embargo, existen supuestos en que la ley atribuye expresamente el carácter administrativo a relaciones que, de no existir dicha ley, merecerían la calificación de relaciones laborales, o incluso de interinidad funcional.

A este respecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de julio de 2010, ha considerado que el acogimiento a la normativa de un determinado contrato administrativo sí excluye la operatividad de las normas del Estatuto de los Trabajadores, en el caso de la contratación en régimen de Derecho Administrativo de profesores especialistas, porque la misma podía realizarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, desarrollado por el Real Decreto 1560/1995, de 21 de septiembre, que regula el régimen de contratación de profesores especialistas.

Y ello por entender el Tribunal Supremo que “esa doctrina con arreglo a la que no cabe, en general, para la Administración llevar a cabo contratos de colaboración o contrataciones de realización de obras y servicios en régimen de derecho administrativo, por las razones antes descritas, se ha dictado en relación

con sistemas de contratación utilizados por la Administración en los que el bloque normativo se refería a la Ley 30/1984, en relación con los contratos administrativos de colaboración temporal, o de trabajos específicos no habituales, y después a través de contrataciones administrativas llevadas a cabo una vez vigente y al amparo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1995 (...), el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, o la vigente Ley de Contratos del Sector Público. (...) Precisamente el caso que ahora debemos resolver, se rige por un conjunto de normas coordinado y homogéneo que supone una excepción a la regla general antes expresada. La Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo”.

Ciertamente, la citada Ley Orgánica 1/1990 estaba atribuyendo carácter administrativo a una relación jurídica que, de no existir dicha ley, merecería la calificación de laboral o incluso de interinidad funcional, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores (normativa laboral de competencia exclusiva del Estado) y en la legislación básica sobre función pública (legislación básica que también es competencia exclusiva del Estado). Pero precisamente es el propio legislador estatal el que establece la excepción.

En cambio, resulta más complicado admitir excepciones establecidas por leyes autonómicas, debido a que éstas han de respetar lo dispuesto en la legislación laboral y en la legislación básica sobre función pública dictadas por el Estado.

En este sentido, debe hacerse referencia al caso del Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto del Personal de la Administración Foral de Navarra, cuyo artículo 88 dispone que “las Administraciones Públicas de Navarra sólo podrán contratar personal en régimen administrativo para: (...) b) La sustitución del personal y la provisión temporal de las vacantes existentes en sus respectivas plantillas orgánicas”. Este Decreto Foral se ampara en el artículo 49.1.b) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra, que establece la competencia exclusiva de esta Comunidad sobre el “Régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos”.

Este grado de competencia atribuido a Navarra ha sido reconocido por la STC 140/1990, que señala que tiene como límites “en primer lugar, el que las mismas no afecten a las competencias estatales inherentes a la unidad

constitucional y, en segundo lugar, el respeto de «los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos».

Sobre esta base, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en Sentencia de 10 de enero de 2011, relativa a un trabajadores que había suscrito varios contratos temporales de interinidad en régimen administrativo, considera válida la extinción del último contrato temporal suscrito en régimen administrativo, en lugar de declarar el carácter laboral encubierto de la relación contractual, por entender que la regulación foral amplía los supuestos de contratación administrativa establecidos a nivel estatal.

Es cierto que la competencia foral de la Comunidad Autónoma de Navarra ha sido reconocida por la Disposición Adicional Tercera del EBEP, “en los términos establecidos en el artículo 149.1.18 y disposición adicional primera de la Constitución, y en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra”. Ahora bien, la cuestión de si pueden celebrarse contratos administrativos en los casos en que el servicio se presta en condiciones de ajeneidad y dependencia, propias de una relación laboral, es una cuestión que afecta al Derecho Laboral, que es competencia exclusiva del Estado, según el artículo 149.1.7^a CE, y respecto del cual la Comunidad Navarra sólo tiene competencia de ejecución, no de carácter normativo, según el artículo 58 de la citada Ley Orgánica 13/1982.

Por tanto, si en la relación contractual concurren las características propias de la relación laboral, el contrato ha de calificarse como laboral encubierto, debiendo entenderse, sin más, que el citado artículo 88 del Texto Refundido del Estatuto del Personal de la Administración Foral de Navarra es inconstitucional por establecer un supuesto de no laboralidad respecto de relaciones que son laborales, vulnerando por tanto la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho Laboral. Por otro lado, si las funciones a realizar son tareas reservadas al personal funcionario (en los términos del artículo 9.2 EBEP), en tal caso la relación ha de ser funcionarial o interina, por imperativo del EBEP, que ha de ser respetado por la Comunidad Navarra, pues, como se ha visto, el artículo 49.1.b) de la Ley Orgánica 13/1982, establece la competencia exclusiva de esta Comunidad sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos de la misma “respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos”.

Debe recordarse que la STC 140/1990 admitió que la Comunidad Navarra podía regular aspectos como la integración en sus órganos de otros sindicatos

que no tuvieran la condición legal de más representativos según la legislación estatal, así como podía regular la composición de las Juntas Electorales en materia de función pública, pero recordando los límites constitucionales, y aclarando, en este sentido, que “la determinación de la composición de las Juntas Electorales tiene un carácter fundamentalmente técnico en la organización de las elecciones y no requiere una completa uniformidad ni tampoco afecta al derecho esencial de representación colectiva de los funcionarios públicos.” Ahora bien, establecer que cabe celebrar contratos administrativos para la sustitución del personal y la provisión temporal de las vacantes existentes en la Administración Navarra supone atribuir carácter de contrato administrativo a lo que, por ley estatal, es una relación laboral o, en su caso, funcionarial, según resulta del Estatuto de los Trabajadores y del EBEP, que en este punto constituyen un límite infranqueable.⁸⁷

Pueden citarse además otros supuestos, como el Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, cuyo artículo 9 se refiere a los contratos administrativos, estableciendo que “la Administración Pública de la Región de Murcia podrá contratar excepcionalmente con determinadas personas físicas o jurídicas la prestación de servicios o la realización de obras o tareas específicas de contenido profesional o de naturaleza no habitual. Tales personas tendrán la consideración de contratistas y no formarán parte del personal de la Comunidad. Su relación con la Administración se regirá por la normativa de contratos de las Administraciones Públicas, así como por la legislación civil y mercantil, en su caso.”

Pues bien, sobre este artículo 9 recae la duda de posible inconstitucionalidad, por no ajustarse a lo dispuesto en el EBEP y en el Estatuto de los Trabajadores, en la medida en que atribuye carácter administrativo a relaciones de servicios que son laborales o funcionariales. En este sentido, la única forma de entender que dicho artículo es constitucional, sería considerar que no añade nada a la legislación básica de contratos, y que cuando se refiere a “la prestación de servicios o la realización de obras o tareas específicas de contenido profesional o de naturaleza no habitual” se está refiriendo:

⁸⁷ En este sentido, se ha señalado que lo expuesto en la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, admitiendo la naturaleza administrativa y no laboral del contrato objeto de análisis, debe entenderse referida al régimen anterior al EBEP (LLOBERA VILA, M., “Contratación temporal irregular en Administraciones Públicas y novación posterior a través de contrato administrativo de interinidad fundado en norma foral”, *Aranzadi Social*, n.º. 62/2011. Ver también EMBID IRUJO, A., “Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º. 137/2008).

- A relaciones contractuales en las que no concurren las notas propias de una relación laboral, pues en tal caso, el legislador autonómico no puede establecer excepciones al Estatuto de los Trabajadores.
- A relaciones contractuales que no tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario.

V. CONCLUSIONES

El objeto del presente estudio ha sido determinar el régimen jurídico que resulta aplicable cuando las Entidades del Sector Público celebran con personas físicas contratos administrativos que encubren relaciones laborales o que tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario. En una primera parte de este artículo se ha hecho referencia a los criterios de distinción entre el contrato administrativo y la relación laboral. De manera resumida, cabe concluir que la naturaleza jurídica de la relación no depende de la calificación que le atribuyan las partes, sino de su contenido real, y que el criterio principal de distinción entre ambas figuras radica en que la relación jurídica entre ambas partes reúna las características que definen la relación laboral, según los artículos 1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores.

La determinación de que el contrato administrativo encubre una relación laboral implica la existencia de graves infracciones del ordenamiento jurídico. Así, el trabajador ha quedado despojado de los derechos que le reconoce la legislación laboral y de la Seguridad Social (estabilidad laboral, causas de suspensión, modificación y extinción del contrato laboral, retribuciones, régimen de vacaciones y jornada laboral, acogimiento al Régimen General de la Seguridad Social con el consiguiente deber de cotizar del empresario y el trabajador, etc.). Pero además, se constata la producción de un fraude al derecho fundamental de acceso a los cargos y funciones públicas de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, reconocido en los artículos 23.2 y 14 de la Constitución, por cuanto no se ha tramitado el proceso selectivo legalmente establecido para reclutar personal laboral (fijo o temporal). Y debe destacarse que la legislación de contratos del Sector Público permite celebrar contratos menores de servicios con el límite de 18.000 euros, sin publicidad ni competencia competitiva, y contratos negociados hasta los 100.000 euros, sin exigir publicidad si no se superan los 60.000 euros. Por tanto, el juego que da esta regulación para contratar personas “a dedo” es enorme.

Además, si el contrato administrativo ha tenido por objeto la realización de tareas que están reservadas por ley al personal funcionario, queda infringida también dicha reserva (establecida en el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público y demás normativa estatal y autonómica).

Como puede verse, las irregularidades que conlleva la utilización fraudulenta de la contratación administrativa son relevantes, y, en particular, lesivas del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos.

En cuanto a los efectos jurídicos que conlleva la declaración de laboralidad de la relación jurídica encubierta por el contrato administrativo, debe destacarse en primer lugar que no ha existido una normativa que los regule con claridad, siendo la jurisprudencia la que ha ido dando respuesta a los litigios planteados a este respecto. La respuesta del legislador ha sido, por tanto, inexistente y, en los últimos años, insuficiente y fragmentaria.

De forma resumida, cabe señalar que la celebración de contratos administrativos que encubren relaciones laborales da lugar, según la jurisprudencia, a la declaración de laboralidad de la relación jurídica, así como, en su caso, a la aplicación de la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo. Ello determina que el trabajador permanece en el puesto de trabajo, siendo reconocido como un trabajador indefinido, pero solamente hasta que el puesto que ocupa sea cubierto por los procedimientos ordinarios, tal y como señala la Disposición Adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores, que, además, dispone expresamente que la Administración Pública tiene la obligación de tramitar dichos procedimientos de cobertura del puesto.

Pero también se ha expuesto que parte de la doctrina y algunos órganos judiciales ya discuten que la figura del trabajador indefinido no fijo sea aplicable a este caso, porque la relación originaria (laboral encubierta) no se ha constituido de acuerdo con los principios constitucionales de mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público, incluido el empleo público laboral temporal. No obstante, el Tribunal Supremo continúa aplicando, de manera reiterada, la figura del trabajador indefinido no fijo, que ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional.

La cuestión se complica más si el contrato administrativo se celebró teniendo por objeto la realización de funciones reservadas al personal funcionario. Como se ha expuesto anteriormente, la relación laboral que subyace bajo el

contrato administrativo no puede tener por objeto funciones reservadas por ley al personal funcionario. Y si así hubiera sucedido, no podrá declararse la existencia de una relación funcional o de interinidad, porque estas relaciones sólo pueden nacer en virtud del correspondiente acto administrativo de nombramiento tras la tramitación del correspondiente proceso selectivo.

Por tanto, nos encontramos con una relación laboral que tiene por objeto funciones reservadas por ley al personal funcionario. Al respecto, parte de la doctrina viene señalando la nulidad de la contratación de personal laboral para desempeñar funciones adscritas a funcionarios en la correspondiente relación de puestos de trabajo.