La "funcionarización" de laborales indefinidos no fijos de plantilla. Una posible solución en el ámbito local

Marcos Peña Molina

Jefe del Servicio de Asesoría Jurídica y de Personal del Ayuntamiento de Camas. Letrado

1. Introducción
2. Acceso a la función pública mediante contratación laboral
3. La declaración de laboral indefinido no fijo de plantilla y sus consecuencias
4. La conversión de la relación laboral en funcionarial interina
5. El consentimiento del trabajador a la citada conversión
6. La transformación de funcionario interino en funcionario de carrera. La cobertura de la plaza por concurso-oposición

Resumen

La creación jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo de plantilla como consecuencia de contrataciones laborales realizadas por la Administración Pública en fraude de ley, ha generado numerosas distorsiones organizativas a la hora de integrar personal con puestos laborales en plazas funcionariales dotadas presupuestariamente.

Descartada por la jurisdicción laboral la aplicación de la normativa administrativa básica, para declarar nulas aquellas contrataciones que se hayan llevado a cabo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, se decantó por acordar la existencia de puestos de trabajo de carácter indefinido pero no fijo de plantilla, obligando a la Ad-

Artículo recibido el 23/04/2015; aceptado el 28/05/2015.

ministración a articular medidas que permitieran encajar dicho personal en algunas de las categorías de empleado público existentes.

Como posible solución al problema expuesto en el ámbito local, en los supuestos en los que existieran plazas funcionariales dotadas presupuestariamente, este artículo propone un procedimiento de gestión pública que, basándose en la naturaleza del vínculo jurídico-material temporal que une al trabajador con la Administración/empleador, que no cambia, y bajo consentimiento de este, produzca una novación de la estructura formal de la relación laboral indefinida en una relación estatutaria interina por vacante (Sentencia de 31 de enero de 2014, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias).

No siendo posible convertir automáticamente a un interino en funcionario de carrera, a la vista de los principios constitucionales de mérito y capacidad, la cobertura definitiva de la plaza se debería llevar a cabo a través de procesos selectivos en la modalidad de concurso-oposición, cauce idóneo y lógico para tomar en consideración los méritos adquiridos por el empleado en su prolongada relación con la Administración, primero como laboral y luego como funcionario interino.

Palabras clave: *indefinidos; no fijos; interino; RPT; plantilla; personal; jurisdicción laboral; presupuesto; Tribunal Supremo; temporal; Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias; entidad local.*

From public employees with an employment contract to public employees with a permanent public tenure. A possible solution for local governments

Abstract

The public administrations have hired to evade the law employees through indefinite employment contracts without a permanent public tenure and this policy has been upheld by courts. This situation has generated several organizational anomalies in relation to the integration of this personnel with employment contracts into permanent public tenures which are budgetary provided.

Labor judges did not apply basic administrative law and, therefore, they did not declare void this policy which has been carried out in complete

breach of the proceedings provided by law. To the contrary, labor judges created the new employment category of "public employees with an employment contracts without a permanent public tenure" and ordered the public administration to redirect this personnel to some of the existent categories of public employees.

This article provides a solution for this issue at the local level. In the case of a prevision of a budgetary permanent public tenure, the solution consists on proceedings with the consent of the employee which would change the nature of the relationship between the public administration and the employee: from an indefinite employment contract to a temporary public tenure (Judgment of the Superior Court of Asturias, of 31 January 2014). All of this, taking into account that the material-temporal-legal relationship between the two parts remains the same.

However, it is not possible to transform automatically a temporary public tenure into a permanent one because the constitutional principles of merit and capacity must be observed. Therefore, the definitive adjudication of the permanent public tenure should be done through a recruitment process –an open competition- which allows the assessment of the merits of an employee at the service of the public administration for a long time, first as a public employee with an employment contract and second holding a temporary public tenure.

Keywords: public employment; permanent and temporary public tenure; list of posts offered by public administrations; personnel; labor judges; budget; Spanish Supreme Court of Justice; Superior Court of Justice of Asturias; local governments.

1
Introducción

En los últimos tiempos hemos podido contemplar cómo en el ámbito de la Administración Pública, y particularmente en el sector local, se ha producido un hecho cada vez mas reiterado, y no por ello plausible, que es la incorporación a aquella de trabajadores previa contratación de los mismos a través de sucesivos y distintos contratos laborales temporales para el desempeño de funciones que, en realidad y normalmente, responden a necesidades permanentes y estructurales de la corporación, que fuerzan a calificar dichos contra-

tos por los tribunales de justicia como irregulares, injustificados y abusivos, con el efecto de declarar el vínculo laboral como indefinido.

A la vista de tal situación cabe preguntarse no solo sobre la bondad jurídica de la novación de una relación laboral indefinida no fija en una relación funcionarial interina por vacante, sino también sobre la viabilidad de la celebración por parte de la corporación local de un concurso-oposición, solicitado normalmente por aquellos que se pudieran encontrar en situaciones semejantes, al objeto de que estos tengan la posibilidad de normalizar de modo razonable su relación de servicios con la Administración local.

En la práctica, ante una petición semejante se observa una respuesta negativa por parte de las corporaciones locales, y ello, de una parte, por la difícil tarea de encontrar el camino menos tortuoso para dotar de estabilidad a trabajadores cuyas funciones, en muchas ocasiones, solo conforman un puesto sin ninguna plaza dotada presupuestariamente, y, de otra, por las extensas limitaciones legales impuestas desde el Gobierno central para incorporar nuevos empleados públicos, en aras de corregir un déficit presupuestario inexistente en el nivel más básico de nuestra organización administrativa estatal.

La situación expuesta ha sido considerada por la doctrina como mal endémico de nuestra Administración local, lo que exige encontrar una solución al problema.

2
Acceso a la función pública mediante contratación laboral

No puede negarse el hecho de que nuestro legislador estatal ha optado por una funcionarización generalizada del empleado público que presta servicios en las Administraciones locales. La reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, es prueba de cargo de esta aseveración. Dispone el artículo 92.2 del reformado cuerpo legal: "Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus organismos autónomos serán desempeñados por personal funcionario". La Administración ya no puede obviar que sus puestos de trabajo, con carácter general, tienen que ser ocupados por funcionarios públicos; el personal laboral debe ser de utilización residual.

Habiendo recogido la pretendida Ley de racionalización del gasto público local las determinaciones fijadas en el Informe CORA (Comisión para la Reforma de la Administración Pública) y las directrices de una Europa cada

vez más austera en el sector público, los operadores jurídicos no podemos olvidar que, a pesar de este viraje estatutario y base de una generalizada funcionarización del empleado público, nuestra legislación existente, y además básica, continúa previendo la posibilidad de que la Administración recurra a la normativa laboral cuando ello sea necesario. Se quiera o no, el personal laboral es definido por nuestra legislación básica como un tipo de empleado público, *ex* artículo 8.2.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

Siendo esta la situación de la función pública actual, no puede orillarse que es doctrina jurisprudencial consolidada el hecho de considerar a la Administración como auténtico empresario cuando acude a la contratación laboral, quedando, en tal caso, vinculada por las reglas de aquel ordenamiento jurídico. Así lo entendió el Alto Tribunal tempranamente (SSTS de 22 de enero y 6 de mayo de 1992; 16 de febrero de 1993; pero, fundamentalmente, la STS de 18 de marzo de 1991, dictada en unificación de doctrina).

Sostener una argumentación contraria vulneraría el principio de legalidad contemplado en el artículo 9.3 CE, el cual informa la actuación de toda Administración Pública: "no puede entenderse que la Administración, cuando actúa como empresario sometida al derecho privado y contrate trabajadores, queda exenta del cumplimiento del derecho laboral, pudiendo ir incluso contra el mismo; de forma que el contrato de trabajo celebrado con la Administración Pública, debe regirse, tanto en su nacimiento como en su desarrollo por la normativa laboral, pues de lo contrario vulneraría el art. 9.1 CE, precepto que vincula tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos, y contra el art. 24 CE" [STC de 22 de marzo de 1988].

Qué duda cabe de que a la Administración local debe serle de aplicación la argumentación anterior, habida cuenta no solo de lo dispuesto en el artículo 177.2 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril), en el que se señala de modo expreso cómo, pudiendo celebrarse la contratación laboral por tiempo indefinido o temporal, "el régimen de tales relaciones será, en su integridad, el establecido en las normas de derecho laboral", sino también de lo dispuesto en el artículo 11.1 del EBEP, según el cual: "Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal".

La Administración, en este contexto, y ligada a la legislación laboral, deberá respetar las exigencias impuestas por esta, y no podrá, como tampoco

puede hacerlo un particular, recurrir a la contratación temporal, quebrantando las normas específicas que la regulan, para cubrir necesidades permanentes y estructurales de su propia organización de recursos personales. En caso contrario, su proceder no merecería otro calificativo que el de actuar en fraude de ley.

3
La declaración de laboral indefinido no fijo de plantilla y sus consecuencias

Acogiendo las argumentaciones esgrimidas por D. Ricardo Villanueva Puertollano en su tesis doctoral: "Reflexiones y propuestas sobre empleo público local: problemas actuales de derecho administrativo", la figura del personal laboral indefinido no fijo de plantilla no ha sido incorporada al derecho positivo a través del EBEP, a pesar de que pueda considerarse lo contrario a la vista de lo regulado en su artículo 8.2.c).

El nacimiento de esta figura responde a la tensión producida entre dos polos antagónicos: de una parte, la necesidad de combatir la irregular contratación temporal de la Administración, y de otra la imposibilidad de aplicarle, al igual que al empresario privado, la presunción *iuris et de iure* –del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores– de que el contrato laboral en fraude de ley deviene en indefinido dadas las previsiones del igualdad en el acceso al empleo público consagradas en la Constitución (artículos 22.3 y 103).

La evolución jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo de plantilla, siguiendo a Sala Franco, ha transcurrido por cuatro etapas diferentes:

- Primera: Se entendía que el contrato era indefinido, declarando la improcedencia del despido con derecho de opción entre la indemnización o la readmisión (Tribunal Supremo, Social, 28/11/1989, RJ\1989\8273).
- Segunda: En la que también se entendía que el contrato era indefinido, y el despido improcedente, pero sin posibilidad de opción entre readmisión o indemnización, imponiéndose en todo caso esta última (Tribunal Supremo, Social, 08/06/1995, RJ\1995\4774).
- Tercera: Se consideraba el contrato temporal irregular por celebrarse en fraude de ley, salvo que el puesto ocupado por el trabajador fuera funcionarial, en cuyo caso era nulo (Tribunal Supremo, Social, 19/01/1993, RJ\1993\100).
- Cuarta: Línea por la que se entiende que el trabajador es indefinido pero no fijo de plantilla, debiendo abandonar el puesto cuando se

cubra por el procedimiento correspondiente (Tribunal Supremo, Social, 07/10/1996, RJ\1996\7492).

Fue esta Sentencia la primera que introdujo la distinción entre trabajador fijo de plantilla y contratado indefinido, aportando mayor confusión a la ya existente entre la terminología laboral y la administrativa.

Esta creación jurisprudencial procede en todo caso de la jurisdicción social, y, de una forma u otra, han pesado mucho los principios de ese ámbito del derecho en la consolidación de una figura que, desde el punto de vista estrictamente administrativo, deberíamos calificar de inaceptable. En tal sentido, señala Sánchez Morón que la experiencia demuestra que aplicar sin más las normas laborales, pensadas con una función tuitiva del trabajador frente al empresario privado, a las relaciones de empleo público, puede producir serias disfunciones.

A mi criterio, la solución que se tendría que haber dado a los supuestos de contratación laboral irregular debería haber sido la propuesta por el profesor Tomás Sala Franco, en la obra "La contratación de personal laboral en la Administración local", *Revista de Estudios Locales*, núm. 112/2008, julio-agosto, BIB 2008\2640, Thomson Aranzadi, págs. 55 y siguientes.

Para entender la argumentación se ha de partir de un supuesto determinado, como el de una contratación realizada de forma directa por la Administración prescindiendo de cualquier procedimiento de selección.

Por aplicación del artículo 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, serán nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En consecuencia, un contrato celebrado en estas circunstancias debería calificarse como nulo.

Apoya esta tesis la normativa relativa a contratación administrativa del sector público, que determina que la declaración de nulidad de los actos preparatorios de los contratos llevará consigo la de estos, que entrarán en fase de liquidación. De igual forma, procedería aplicar a la contratación laboral el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, pagando al trabajador la remuneración correspondiente a los servicios prestados, y extinguiendo la relación laboral.

En estos supuestos, si la causa de nulidad no es imputable al trabajador, este podrá exigir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración contratante.

Si los tribunales hubieran seguido esta pauta, nunca se hubiera producido la figura del indefinido no fijo de plantilla como consecuencia de contratos por obra o servicio determinado concertados en fraude de ley o por irregula-

ridades en contratos eventuales por circunstancias de la producción, ya que en ellos concurre en la mayoría de los casos su ausencia de inclusión en la relación de puestos de trabajo y plantilla, requisitos sin los cuales no puede efectuarse una convocatoria, con lo cual la ausencia de procedimiento jamás hubiera podido tener como consecuencia una declaración de indefinido; ni siquiera en los actuales términos de la jurisprudencia consolidada, ya que esta llega al absurdo de considerar a estos trabajadores como una suerte de interinos sin plaza, lo cual carece de todo sentido.

Como se ha expuesto, no es esta la senda que ha seguido el Alto Tribunal, y, en definitiva, se ha concluido que, "en cuanto se contrata sin sujeción clara y debidamente explicitada a las disposiciones especiales que regulan la contratación temporal, la regulación nacida ha de tenerse por tiempo indefinido" [sentencias de 10 de febrero y 6 de mayo de 1987 (R. 825 y 3247), entre otras]. Doctrina esta, asimismo, aplicable a las Administraciones Públicas (STS de 13 de septiembre de 1988), creándose en estos supuestos *ex iudicium* el "puesto" de indefinido no fijo de plantilla.

4
La conversión de la relación laboral en funcionarial interina

Sentado lo anterior, lo cierto es que en la práctica no solo las entidades locales han utilizado fraudulentamente las contrataciones temporales –lo que ha llevado a la tacha judicial de declarar las relaciones contractuales como indefinidas no fijas–, sino también, y mucho, las comunidades autónomas y el Estado [Comisión Técnica para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, encabezada por el profesor Sánchez Morón, Madrid, 25 de abril de 2005 (MAP)].

Es importante advertir que los procesos de funcionarización no han sido configurados para el personal laboral indefinido, sino para el personal laboral fijo. Una mala planificación de los recursos humanos, o un cambio legislativo en el que se produzca una mutación sobrevenida de las funciones laborales desempeñadas en funcionariales, exige regularizar la naturaleza del vínculo contractual.

Es por ello por lo que no es el EBEP, concretamente su disposición transitoria segunda, la primera norma que determinó la posibilidad de funcionarización, sino la existencia de una larga experiencia que posibilitó su propio reconocimiento constitucional a muy tempranos días.

Así la cosas, el proceso del funcionarización tuvo su origen en la doctrina del Tribunal Constitucional emanada de la STC 99/1987, de 11 de junio,

aspecto que no puede ser olvidado en ningún momento: consistente en una solución excepcional y extraordinaria para la que unos trabajadores fijos de la Administración, que se han incorporado a ella cumpliendo todos los requisitos y procedimientos legales y que ocupan un puesto adscrito *ex lege* a funcionario, puedan incorporarse a esa nueva condición jurídica.

La funcionarización, como institución jurídica, implica un respeto a la estabilidad en el trabajo del personal laboral, porque la única otra opción sería el despido de estos trabajadores fijos, con una indemnización, alternativa que el propio Tribunal Supremo considera radical y poco adecuada, así como costosa en términos económicos e ineficaz para mantener la seguridad de los servicios públicos. Por ello tres son los ejes en los que se fundamenta el proceso de funcionarización:

a) El cumplimiento del mandato constitucional que concretó en su día el Tribunal Constitucional.
b) El respeto a los derechos de los trabajadores (personal laboral).
c) La garantía de continuidad de los servicios públicos que prestan aquellos empleados públicos.

Consecuencia del reconocimiento constitucional anterior fue su reconocimiento legal a través del artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (Ley 30/84), y su disposición adicional decimoquinta, todavía en vigor tras la aparición del EBEP.

Admitidos legal y constitucionalmente los procesos de funcionarización para personal laboral fijo, debemos preguntarnos si es posible un proceso similar para regularizar al personal laboral indefinido no fijo de plantilla.

Como se ha indicado con anterioridad, esta cuestión no solo se ha planteado en las corporaciones locales, sino también en las comunidades autónomas. Ello es así por cuanto, tras la declaración judicial de personal laboral indefinido no fijo de plantilla, se produce una distorsión en el sistema de ordenación de empleados públicos, caracterizado por ser un sistema rígido, cerrado y fragmentado que nace tras la entrada en vigor de la Ley 30/84, concretamente por lo regulado en el artículo 15. Estos nuevos instrumentos de ordenación los constituían las relaciones de puestos de trabajo (RPT) y las plantillas de personal. Dos instrumentos diferentes pero que se complementaban entre sí.

Mediante las RPT las Administraciones Públicas fijan la organización de su personal *fijo y estructural;* a través de las plantillas de personal determinan la repercusión de esa organización en el presupuesto, constituyendo, así, un documento esencialmente económico. Uno se refiere a puestos de trabajo, el otro a plazas dotadas presupuestariamente. La plaza responde a una necesidad

permanente, el puesto puede responder a una necesidad temporal. Es por ello por lo que no caben puestos "indefinidos" sin plaza.

Esta distorsión del sistema de gestión de recursos humanos que genera la asunción de personal laboral indefinido sin plaza, ha dado lugar a que las Administraciones Públicas busquen distintos sistemas para dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar la estabilidad en el empleo (artículo 35 de la CE) dentro del principio de legalidad y seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE).

Entre las distintas experiencias obtenidas por las diversas Administraciones Públicas sobre este asunto, ha sido muy relevante, en mi opinión, la lograda por la Comunidad Autónoma de Canarias.

La respuesta que dio la Comunidad Autónoma anteriormente citada vino acompañada de las recomendaciones que realizó la propia Intervención autonómica. Como ejemplo de transparencia política, los pasos para la regularización de la situación fueron publicados en su portal web, concretamente en:

http://www.gobiernodecanarias.org/hacienda/intervencion/servicios/guia_rrhh/libro7/vii1h.jsp

Se pueden destacar del mismo las siguientes actuaciones a seguir:

- *En los supuestos en que por sentencia se declare la condición de personal laboral indefinido, ello conllevará que el departamento responsable adscriba al personal a una plaza vacante en el mismo.*
- *En el caso de que no exista plaza, se estudiará la necesidad, del centro directivo en cuestión, de la misma. En base a ese estudio se seguirá alguno de los procedimientos siguientes:*
  - *a) Crear la plaza en el mismo departamento a través de una modificación, que podrá ser puntual, de la RPT, detrayendo el coste de la misma del correspondiente crédito asignado por el que se contrató, reduciendo el marco presupuestario en ese concepto para ejercicios posteriores en la cuantía correspondiente al gasto originado. Hasta que se cree la plaza, se podrá utilizar el crédito asignado a plazas vacantes dotadas, incluso de funcionarios, lo que supondrá no poder proceder a la cobertura de las mismas.*
  - *b) Adscripción por la Dirección General de la Función Pública a otra plaza vacante, de necesaria cobertura, de igual categoría que figure en otro departamento.*
  - *c) Creación de la plaza en otro departamento, a través de una modificación de la RPT, que podrá ser puntual, detrayendo el coste del departamento de origen y con las mismas consecuencias previstas en el apartado a).*

- *En cualquier caso, las plazas cubiertas por personal laboral indefinido serán convocadas para su provisión por el procedimiento legalmente establecido.*

El informe de la Intervención autonómica de fecha 6 de mayo de 2004 (puede extraerse a través de dicha página web), en su considerando tercero, manifiesta la necesidad de adaptar lo más rápidamente posible la RPT para solventar la distorsión que produce la ocupación por parte de un laboral indefinido de una plaza de funcionario, no pudiéndose, en ningún caso, formular un reparo de suspensión del pago de nóminas sobre dicho personal, debido a que se iría contra lo declarado en sentencia judicial.

En definitiva, la respuesta que se ofrece al problema de la regularización del personal indefinido es la ocupación de plaza y posterior conversión, aunque sea mediante la modificación de la RPT.

Fijado lo anterior, el problema se presenta naturalmente: cómo encajar personal laboral indefinido en una plaza de funcionario, teniendo en cuenta, además, que la Ley de Presupuestos del Estado para cada año limita casi completamente la creación de plazas.

A mi criterio, la respuesta a la pregunta podemos encontrarla en la interesante sentencia judicial siguiente: Sentencia de 31 de enero de 2014, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

Según la misma, y concretamente a propósito de la conversión directa de personal laboral temporal en funcionario interino, en el fundamento jurídico tercero se dispuso que: "Ciertamente se ha producido en el presente caso una situación particularmente compleja debido a la aprobación por el Pleno municipal de 20 de julio de 2012 de la funcionarización de plazas y puestos de trabajo ocupados por **personal laboral temporal** que hizo necesaria la oferta a aquellos trabajadores afectados de su posible **conversión en funcionarios interinos con la finalidad de hacer coincidir la naturaleza de la plaza creada con la relación jurídica del afectado**, pero sin que el nombramiento de funcionario interino tuviese carácter obligatorio para el afectado, sino que se trataba de una posibilidad o derecho, […]. […] **el puesto sigue siendo el mismo a pesar de su funcionarización sobrevenida**, **sin creación de nueva plaza**, y sin que pueda obviarse que si la apelante ha podido optar al nombramiento como funcionaria interina lo ha sido sobre la base de su condición de contratada laboral temporal, **persistiendo en todo momento la causa de vinculación jurídica original con el Ayuntamiento,** quien al disponer la referida funcionarización claramente señala la necesaria continuidad en la prestación de servicios [...] hasta tanto en cuanto sean provistos los puestos o plazas de personal funcionario de forma definitiva en los términos que legal o

reglamentariamente procedan, o su amortización o transformación, sin perjuicio de su conversión en nombramientos de funcionarios interinos".

Es decir, el Alto Tribunal autonómico lo que ha venido a decir es que la regularizacion/conversión del personal temporal en funcionario interino **no modifica** el vinculo jurídico original que lo une a su empleador (Ayuntamiento), pues este sigue siendo el mismo. Lo que llevó a cabo el Ayuntamiento fue un *proceso de corrección* de la situación jurídica generada por la ocupación de personal laboral indefinido en plazas de funcionarios públicos.

La corrección de ese vinculo jurídico (de laboral temporal a funcionario temporal) **no** supone creación de plazas ni de puestos de trabajo, sino regularización a fin de hacer coincidir la naturaleza de la plaza con la relación jurídica del afectado.

Teniendo en cuenta toda la disertación anterior, la posible solución que podría utilizarse por los consistorios para corregir las disfunciones orgánicas ocasionadas por los indefinidos no fijos cuando no se pudieran crear plazas al efecto, o cuando las plazas existentes fueran funcionariales, podría consistir en:

a) El indefinido no fijo de plantilla que tuviera reconocida dicha condición por sentencia judicial, que careciera de plaza, tendría que ocupar otra plaza vacante funcionarial del grupo equivalente a su categoría profesional. Intentando hacer coincidir el puesto de trabajo funcionarial con el laboral que ocupaba y desempeñaba.
b) A fin de hacer coincidir la naturaleza estatutaria de la plaza con la relación laboral indefinida que une al ayuntamiento con el empleado, y previo consentimiento del mismo, se debería proceder a la regulación/funcionarización del vínculo contractual en funcionario interino por vacante, pues, como se ha especificado, este sigue siendo el mismo que en origen (temporal), sin que en ningún caso por dicha actuación se creen nuevas plazas ni puestos, ni se modifique la RPT. Todo ello de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia de 31 de enero de 2014, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, anteriormente referida.

Señaladas las principales fases, quedaría el último paso a seguir, que se expone a continuación.

5
El consentimiento del trabajador a la citada conversión

Aun siendo una potestad de la Administración Pública el organizar sus propios efectivos, es imprescindible contar con el consentimiento de los afec-

tados para la conversión (de indefinidos laborales a funcionarios interinos), pues estos pierden derechos adquiridos por la legislación laboral, pues, al ser incompatibles con el régimen estatutario propio de los funcionarios (también interinos) derivado de leyes y reglamentos, los derechos y obligaciones solo pueden provenir *ex novo* desde el momento del nombramiento.

No obstante lo anterior, El Tribunal Supremo, cuando ha conocido supuestos análogos al presente, no duda en reconocer la existencia de fraude de ley en los casos de renuncia a una relación laboral indefinida sin acreditar ventaja a cambio [así lo señalan la STS de 11 de febrero de 1991 y, muy especialmente, la de 22 de junio de 1990, según la cual, "una vez adquirida la condición de fijeza o el carácter indefinido de su relación laboral, no puede luego modificarse válidamente esta condición o carácter aceptando la suscripción de un nuevo contrato temporal, pues la condición de trabajador fijo es irrenunciable, según dispone el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, por afectar a un derecho fundamental dentro de la esfera jurídico-laboral, como es la estabilidad en el empleo, de lo que se deduce que el contrato posteriormente pactado conculca patentemente ese derecho inalienable y constituye un evidente fraude de ley, al hacer uso de un derecho aparentemente legal en perjuicio del trabajador, fraude que por su viciosa naturaleza le priva de efectos según se deriva del art. 6.4 del Código Civil, y que determina la aplicación de la presunción favorable a la duración indefinida de la relación de trabajo [...], obligando todo lo expuesto a concluir que se ha de mantener incólume la relación jurídica de duración indeterminada que existía antes".

Tal determinación solo puede ser adoptada a partir de una real expectativa de mejora, focalizada en este caso en la asunción de futuro cierto de la condición de funcionario de carrera, mediante el compromiso firme de la convocatoria de la plaza correspondiente para ser cubierta por los procedimientos de acceso legalmente establecidos.

6
La transformación de funcionario interino en funcionario de carrera. La cobertura de la plaza por concurso-oposición

Dada la imposibilidad de convertir automáticamente a un interino en funcionario de carrera, a la vista de los principios constitucionales de mérito y capacidad [STC 302/1993, de 21 de octubre], la cobertura definitiva de la plaza exige una actuación administrativa pertinente a fin de acabar con la precaria situación del interino, quien, como es claro, no renuncia a un empleo indefinido para quedar a merced de una Administración, pues no se puede olvidar

el carácter extraordinario de estas figuras ["destaca ante todo (...) el carácter de excepcionalidad del nombramiento de interinos", STS de 16 de mayo de 1989], utilizadas ampliamente como mecanismos ordinarios de adscripción, constituyendo conductas claramente contrarias al modelo constitucional de función pública.

Pero no solo hay que tener en cuenta los principios constitucionales que informan las relaciones laborales, sino que tal exigencia de permanencia y estabilidad en el empleo público ha sido exigida legalmente por nuestro ordenamiento jurídico cuando se han dado las notas de necesidad, permanencia y funcionalidad. Así, el artículo 6.3 del Decreto de 30 de mayo de 1952 por el que se aprueba el texto del Reglamento de funcionarios de la Administración local, dispuso que: "La persistencia durante dos años en el pago a determinados temporeros o eventuales implicará la presunción de que existe necesidad de personal permanente, y la corporación estará obligada a crear las correspondientes plazas de plantilla para proveerlas en forma reglamentaria".

Siendo necesaria, por tanto, la convocatoria de la plaza ocupada interinamente sin prolongada demora, se ha de precisar cuál de los procedimientos de acceso a la función pública es el más adecuado para el fin expuesto.

La oposición libre, como forma de provisión, no es el cauce idóneo y lógico que permita tomar en consideración los méritos adquiridos por el empleado en su prolongada relación con la Administración, primero como laboral y luego como funcionario interino.

La previsión contenida en el olvidado artículo 39 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, reconociendo la virtualidad del sistema de concurso-oposición (cuya viabilidad es afirmada por el artículo 91.2 de la LBRL y la disposición transitoria cuarta del EBEP) en los procesos de consolidación de interinos, permite un adecuado uso de este proceso selectivo, por si duda hubiere, al confirmar la posibilidad de valorar en tales casos, entre otros méritos, la experiencia en los puestos de trabajo objeto de convocatoria. En el mismo sentido, la STC 50/1986, de 23 de abril, conforme a la cual el sistema de concurso-oposición es plenamente "concorde" con la Constitución, por cuanto da cumplimiento al "mandato constitucional de favorecer la promoción mediante el trabajo (art. 35.1 CE)".

Nada impide, por tanto, el recurso a un concurso-oposición con el fin de lograr la consolidación de empleo en la función pública, para que el afectado vea reconocida su situación previa y para poner fin a la conducta injustificada seguida por la corporación local en su relación con la misma, dando la respuesta que se merece a la expectativa de derecho que hizo renunciar al trabajador a sus derechos laborales.

La senda seguida por la jurisprudencia laboralista ha provocado numerosos problemas en el esquema organizativo administrativo, todavía hoy sin resolver, cuando se procede a declarar y reconocer en sentencia a empleados públicos temporales la condición de indefinidos no fijos de plantilla. Como se ha expuesto, una coherente solución pasaría por considerar la nulidad contractual, dejando, en su caso, a salvo el derecho de indemnización del trabajador y la exigencia de responsabilidad del órgano gestor (político) que contrató sin los procedimientos legales oportunos.

No siendo este el camino seguido por los jueces y tribunales, y ni atisbo de que sea el que vaya a seguirse en el futuro, y teniendo en cuenta que tales situaciones nacen de incumplimientos legales por parte de la Administración Pública, la posible solución para una plena integración del indefinido no fijo en el organigrama funcionarial, cuando no puedan crearse plazas *ad hoc*, podría pasar por el procedimiento expuesto, máxime cuando existiera contradicción entre el puesto laboral que se desempeñara y la plaza funcionarial vacante que se pudiera ocupar.

No hay mayor inseguridad que el Derecho creado por los jueces
(Montesquieu)