

concreta aquella teoría⁷¹. El que ahora el Convenio 181 incluya entre sus prescripciones esa proporcionalidad representa un avance y la consagración *directa*, no derivada de otras normas, de los límites a la información que de los demandantes de empleo pueden obtener quienes ofrecen trabajo.

Si bien algunas de las anteriores consideraciones son extensibles a todo tipo de agencias de empleo, lo cierto es que la referencia que hemos adoptado ha sido la de las dedicadas a la intermediación. En relación al otro tipo de agencia expresamente contemplada en el Convenio, las dedicadas a la cesión de trabajadores, nos encontramos en una situación distinta en nuestro país. En efecto, debido quizá a la novedad y también a las cautelas que se derivan de un esquema triangular, las ETT han sido objeto de un constante debate, que por otra parte persiste como lo demuestran las propuestas contenidas en algunos de los programas electorales presentados a las elecciones de marzo. Todo ello se ha traducido al plano normativo, que se ha ocupado de las mismas en diversas normas⁷². Esta situación coloca a España en una situación en la que buena parte de las prescripciones que el Convenio 181 contiene al respecto ya están incorporadas a nuestro ordenamiento.⁹

⁷¹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: "Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores", RL nº 11, 1994, pág. 10.

⁷² La regulación de las mismas se inició con el RDL 18/1993, cuyo contenido desarrolló la Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE de 2 de junio), desarrollada a su vez por el RD 4/1995, de 13 de enero (BOE de 1 de febrero). Recientemente, la Ley 29/1999, de 16 de julio (BOE de 17 de julio), ha modificado algunos aspectos de la Ley 14/1994.

ESPECIALIDADES EN LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE CONTRATOS DE TRABAJO TEMPORALES IRREGULARES

J. ALBERTO NICOLÁS BERNAD*

ÍNDICE

1. Las posibilidades de actuación procesal del trabajador frente a la Administración Pública
2. Diversidad de contratos temporales y antigüedad a efectos indemnizatorios
3. La opción entre indemnización y readmisión: una solución comprometida en sede de Administración Pública
4. Los salarios de tramitación
5. La correcta identificación del demandado
6. La reclamación previa a la vía judicial
7. La postulación procesal y emplazamiento de la Administración demandada
8. Especialidades en el desarrollo del proceso
9. La ejecución de las condenas pecuniarias contra la Administración Pública con causa en contratos temporales irregulares

1. LAS POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN PROCESAL DEL TRABAJADOR FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por tratarse de un sujeto revestido de un especial "imperium" la Administración Pública no comparece en los procesos en los que es parte como un empresario más. En principio, es preciso reflexionar que cuando se enjuicia a la Administración se está sentando en el banco del demandado a todo el conjunto de intereses generales que representa y gestiona de ahí que, en mi opinión, sea lógica la especial predilección del legislador en aras a favorecer, a priori, a tan especial demandado¹.

* Profesor A.E.U. Área de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza

¹ Esta preferencia se reproduce en el derecho comparado, habida cuenta de que La Administración, como cosa pública, gestiona intereses generales que no pueden estar en el mismo plano de exposición que los particulares, lo que motiva una mayor protección que desemboca en un conjunto de cautelas y especialidades procesales. Vid. LOMBARD, M.: "L'application du code du travail aux entreprises à statut", París A.J.D.A. 1991, pág. 601.

Sin embargo, este tratamiento diferenciado no ha estado exento de reflexiones críticas, pues la actual masificación y también proletarización de los servidores públicos los configura también en una situación de desventaja, que requiere también medidas sociales de protección y, por ello, tratamientos desiguales que permitan compensar las diferencias evidentes de situación entre la Administración Pública y el funcionario tipo, que en modo alguno es el alto funcionario sobre el que alguna doctrina administrativa ha tratado de justificar el sistema administrativo funcional.

Para la mayoría del conjunto del personal de la Administración Pública su situación social y profesional justifica el mismo fundamento de trato diferenciado, de acuerdo con el art. 9.3 de la CE, que para trabajadores sometidos a derecho privado. Ello supone que ha de existir una política común de tratamiento compensador de esa desigualdad social².

También la problemática de la igualdad ha de estar contemplada de la misma manera a la luz del art. 14 de la CE, tanto desde la perspectiva del empleador³, como desde los trabajadores, pues los criterios formales no pueden servir para justificar diferencias de tratamiento, no razonables ni proporcionadas, en situaciones materialmente iguales. Aunque ello no tenga porque significar una exigencia de uniformidad de trato, sí supone límites al distanciamiento en esa diferenciación de trato.

No obstante lo antedicho, el tratamiento legal y jurisprudencial diferenciado para con la Administración pública tiene su razón de ser. Así, La gestión y representación de intereses generales conlleva gestionar fondos públicos (principio de inembargabilidad de bienes públicos) que deben administrarse con especial observancia del principio de legalidad en la actuación administrativa, incluida la presupuestaria, y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como consagra el art. 9.3 y 103 de La CE.

² En opinión de PRADOS DE REYES, F.: "Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público", A.L. 17/1990, pág. 202, ha de tenerse en cuenta las exigencias del principio de no discriminación que impide un tratamiento desigual entre quienes, vinculados bajo el mismo régimen —laboral— diferencian sus relaciones tan sólo por la naturaleza del sujeto destinatario de la prestación de servicios; diferencias que también se denuncian incluso cuando tratándose de relaciones jurídicas distintas, la diferenciación se traduce en una mayor complejidad de los trámites procesales. BAYOD y SERRAT: "Hacia una nueva jurisdicción contenciosa-laboral única e igualdad de trato para trabajadores y funcionarios públicos". Tapia 39/88, pág. 41.

³ Pues no es razonable que los poderes públicos impongan a los empleadores privados cargas y exigencias frente a su personal de las que ellos mismos pretenden quedar excluidos. Crítica reflexión acertada la que hace RODRÍGUEZ PIÑERO y B.F. M. en "Trabajo privado y trabajo público" R.L. 1989, pág. 46. Incluso algún sector doctrinal afirma que salvando los puestos que implican ejercicio de autoridad, no existe justificación objetiva que diferencie la prestación de un servicio público ejecutado por un funcionario o por un trabajador. Vid. GARCÍA LÓPEZ, R.: "La contratación laboral temporal en las Administraciones públicas" REDT, 1990, núm. 44, pág. 664

Ello hace que la Administración no tenga facultades de total libertad de disposición patrimonial (desistimiento, transacción...) que, por otro lado, sí tienen las empresas privadas. Por tanto su actividad no puede verse incomodada por demandas sorpresivas e imprevistas (de ahí que tenga que haber lugar una reclamación administrativa previa, por ejemplo).

Siendo, por consiguiente, relativamente moderna la posibilidad de demandar a la Administración (conquista democrática que principia en la división de poderes) ésta presenta resistencia a comportarse como un demandado cualquiera, por lo expuesto anteriormente, introduciendo una serie de rigideces en el proceso, tanto en su propia actuación como en la de los particulares frente a la misma.

En otro orden de cosas, y en lo que respecta a la contratación temporal irregular y su impugnación judicial como principal referente de este trabajo, conviene recordar que la consecuencia inmediata de un contrato que la Administración ha concertado en fraude de Ley es la establecida en el art. 6.4 del Código Civil en relación con el art. 15.1, ab inicio, y 15.3 del vigente ET, esto es, la relación contractual se reputa efectuada por tiempo indefinido⁴. No obstante, el trabajador tendrá dos oportunidades procesales: 1) iniciar un juicio declarativo ante el Juzgado de lo Social para que éste declare la fijeza o indefinición de la relación laboral o 2) ejercitar la acción de despido si la Administración decide su extinción.

La acción declarativa no plantea especiales problemas, pues el pronunciamiento que sigue a la misma es la declaración de indefinición contractual, quedando vedada en este caso la posibilidad de una extinción sin consecuencias jurídicas para la Administración, si ésta alega la llegada de un término contractual. En el supuesto de que la Administración decida denunciar el contrato y poner fin a la relación que le sujeta al trabajador dicha extinción unilateral se calificará, obviamente, como un despido.

El art. 56.1 del ET da una doble opción al empresario, en este caso a la Administración, o bien readmitir al trabajador o bien indemnizarle a razón de 45 días por año con un tope de 42 mensualidades, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año.

Todo esto, que aparentemente resulta sencillo, encuentra importantes especialidades en el momento en que la legitimación pasiva la ostenta un Ente que,

⁴ El hecho de que la presunción por fraude de ley se configure en nuestro derecho como una presunción *iuris et de iure* y, por consiguiente, absoluta, supone, como se ha ocupado de señalar la doctrina procesalista, que la misma resulte antes que un medio probatorio una auténtica norma jurídica. "disposiciones legales enmascaradas bajo la forma de presunción", Vid. VEGA BENAYAS, C.: "Teoría, aplicación y eficacia en las normas en el Código Civil" Madrid Cívitas, 1976, págs. 227-228. Sobre los incumplimientos de la normativa sobre contratación temporal son interesantes los estudios de MUÑOZ CAMPOS J. "Criterios jurisprudenciales de la contratación laboral por tiempo determinado" A.L., núm. 36, 1987 y GARCÍA MURCIA J.: "El trabajo atípico en la Jurisprudencia más reciente: Notas más destacadas" RL, tomo I, 1989.

como se ha reseñado, gestiona intereses públicos. Es preciso, por consiguiente, pasar al análisis de las mencionadas especialidades.

2. DIVERSIDAD DE CONTRATOS TEMPORALES Y ANTIGÜEDAD A EFECTOS INDEMNIZATORIOS

Una cuestión que cabe plantear es la de los años de servicios prestados para el empleador en los supuestos de sucesión de contratos temporales, cuyo encañamiento se evita mediante liquidaciones sucesivas, al final de cada contrato temporal, y la contratación temporal nueva subsiguiente.

Se plantea entonces el problema de qué antigüedad corresponde al trabajador, habida cuenta de que para cada contrato firmado tiene diferente referencia temporal de inicio de la relación laboral con la Administración pública.

En el ámbito del Derecho del Trabajo es regla y principio general, admitido por la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo y, a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un otro contrato temporal entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal⁵. Esto es así, toda vez que la relación laboral es la misma, pues, en estos casos, esa diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones laborales diferentes.

La Jurisprudencia ha abordado situaciones en las que, concluido un contrato temporal, se presenta al trabajador su liquidación y finiquito, y en el plazo comprendido entre siete y treinta días se concierta un nuevo contrato, como indefinido en donde no se contempla, a efectos de antigüedad, la duración del primer contrato⁶.

⁵ Porque, además, la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada, y, en la Administración en particular, no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos. Y así, el artículo 25,3 del ET de 1980 y el actual art. 25,2 toma en consideración los años trabajados sin hacer distinción ni diferenciación alguna, sin exigir que la actividad desarrollada fuese originada por un solo contrato de trabajo ni que sólo pudieran computarse a tales efectos los contratos indefinidos, y sin tampoco excluir el tiempo correspondiente a contratos temporales. Vid. S.T.S. de 12 noviembre 1993 (RJ 1993\8684).

⁶ En la S.T.S. de 29 de mayo de 1997 (R.J. 4473) se señala que "cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos en supuestos singulares y excepcionales en que se acredite una actuación empresarial en fraude de Ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral" Vid. también SENRA BIEDMA, R.: "El saldo y finiquito como instrumento liberatorio de obligaciones del empresario. ¿Una construcción jurisprudencial contra legem?" R.L. 1990-I, pág. 421.

Aquí, El Tribunal Supremo se plantea la cuestión de aquellos contratos temporales en los que, a diferencia de los contratos en prácticas, no existe una norma que establezca imperativamente el cómputo de la antigüedad. Y dice que tal cuestión consiste en determinar si estamos ante una laguna que, de acuerdo con el artículo 4.1 del Código Civil, deba integrarse aplicando la norma establecida para los casos previstos (los contratos formativos y el período de prueba), o si, en virtud del argumento «a contrario», hay que entender que la ausencia de regulación excluye el cómputo de antigüedad en tales supuestos. Desde una perspectiva general, la solución debería tener en cuenta si se ha producido o no la extinción del vínculo, pues, si ha existido extinción, habría que entender que la primera relación se extingue y la nueva que nace es independiente de la anterior⁷.

Sobre esta base, habría que apostillar que la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones sucesivas diferentes, cuando tras la finalización de uno, en un breve lapso de tiempo, le sucede otro⁸.

Esto hace que la diversidad de contratos no provoque la existencia de relaciones laborales diferentes. Tampoco aunque se trate de contratos temporales de distinta etiología, pues lo que importa es la prestación de servicios para un mismo empleador⁹. Este razonamiento hace que los contratos temporales en régimen administrativo concertados por las Administraciones Públicas deban ser tenidos igualmente en cuenta a efectos de antigüedad ante un supuesto cálculo indemnizatorio, cuando a este régimen administrativo le sigue un régimen laboral de prestación de servicios¹⁰.

⁷ Sin embargo, el carácter tuitivo del ordenamiento laboral ha matizado esta conclusión por la necesidad de atender a un criterio realista sobre la subsistencia del vínculo y no sólo a la manifestación de la voluntad extintiva de las partes; voluntad que para el trabajador puede estar seriamente condicionada por la posibilidad de pérdida del empleo si no acepta la extinción de la primera relación. Vid. S.T.S. de 10 abril 1995 (RJ 1995\3034).
⁸ Hasta un intervalo de 30 días habla la S.T.S. de 17-1-1996 desde la conclusión de un contrato y el inicio de otro. (RJ 1996/953).

⁹ Vid. S.T.S. de 20 de febrero de 1997 (R.J. 1457), 21 de abril de 1998 (R.J. 3727) y 16 de abril de 1999. Pero además, como acertadamente advierte VALDÉS ALONSO, A.: "sucesión de contratos temporales realizados en fraude de ley y determinación del período computable a efectos de la fijación de la indemnización por despido improcedente. Sobre el supuesto carácter presuntivo del art. 15,3 ET" R.L. 13/1999, pág. 57, "el art. 15,3 ET pretende evitar la contratación temporal fraudulenta y (...) perdería su función esencial (disuadir) ya que, tras el despido, el empresario podría, sin excesivos problemas, hacer frente a la reducida indemnización derivada del último de los contratos temporales (...) Además no han existido períodos de interrupción con la suficiente entidad para justificar su división en diferentes fases con tratamiento autónomo".

¹⁰ Pues los años de servicio computables, a efectos de la indemnización de despido, son los del trabajo por cuenta del mismo empleador, sin que sea relevante a estos efectos que una parte del tiempo de servicios recibiera la cobertura formal de un contrato administrativo y no laboral. Así lo entendió para un supuesto concreto de fraude de ley en la contratación temporal para la prestación de servicios para una Administración Pública la S.T.S. de 7 de febrero de 1990 (R.J. 838)

3. LA OPCIÓN ENTRE INDEMNIZACIÓN Y READMISIÓN: UNA SOLUCIÓN COMPROMETIDA EN SEDE DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Ya se ha apuntado que el art. 56 del ET otorga al empresario (Administración pública) la posibilidad de optar entre la readmisión del trabajador, en caso de despido improcedente, o el abono de una cantidad indemnizatoria. El principal problema que se plantea, cuando el empresario es una Administración Pública y prescinde del trabajador, cuyo contrato se ha concertado fraudulentamente temporal, no es la indemnización que se le ha de pagar al trabajador, sino la posible opción por la readmisión. Si la Administración readmite al trabajador, tras la extinción contractual impugnada por fraude de ley, y calificada como de despido improcedente, lo hará en calidad de trabajador indefinido. Pero conviene razonar que cuando la Administración decide extinguir el contrato, aún incluso mediante un despido, está creando una vacante que, en razón al principio sentado por el art. 103 de la CE., ha de ser cubierta mediante procedimiento reglamentariamente establecido y con sumisión a los condicionantes de publicidad, mérito y capacidad, algo que no concurre si se tuviera el derecho de opción por la mera reincorporación, ex art. 56.1 del ET, del trabajador injustamente despedido a su puesto de trabajo¹¹. Ello implica que las facultades discrecionales que la legislación laboral concede al sector privado, en orden a la extinción del contrato de trabajo mediante despido declarado improcedente, deben verse debidamente matizadas en el sector público, no pudiendo ir en perjuicio de los mencionados principios constitucionales¹².

¹¹ Una reincorporación forzada entra en colisión con la idea de una óptima adaptación y racionalización a las necesidades de cada Administración, pues es necesario actuar con cautela para no lesionar derechos individuales y, al mismo tiempo, conseguir que la Administración actúe con la eficacia que exige la CE. Vid; SÁNCHEZ DÍAZ, J.L.: "Modificaciones en la relación laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas", Poder Judicial 45/1997, pág. 475 y 476. Ilustrativa sobre el particular resulta igualmente la S.T.S. de 7 de febrero de 1990 (R.J. 838).

¹² No obstante, esta matización se ha producido por parte de algún sector doctrinal, haciéndose eco de jurisprudencia constitucional avalada por las ss. de 4 de febrero de 1983 y 21 de febrero del mismo año (5/83 y 10/83) en el sentido de que el derecho de acceder a los cargos públicos (y, por tanto, a los empleos públicos de carácter laboral) conlleva el de permanecer en ellos mientras no exista causa legal que pueda impedirlo, ya que, en caso contrario, se vaciaría el contenido del mencionado derecho. Por ello, para estos autores no debería cerrarse la posibilidad de readmisión a aquellos trabajadores que hayan accedido regularmente al empleo público y que sean despedidos improcedentemente (posibilidad de opción para la Administración). De esta opinión BLASCO PELLICER, C y ALFONSO MELLADO, C.L.: "Especialidades procesales en los juicios laborales entre la Administración y sus trabajadores", R.L. 1990-1, pág. 162. En cambio, en los despidos de quienes no hayan accedido regularmente al empleo público y hayan adquirido la fijeza, precisamente por las irregularidades cometidas en su contratación, no habrá opción por la readmisión, debiéndose fijar en sentencia exclusivamente indemnización, para impedir una vía irregular de acceso al empleo público.

Es decir, la clave para que la Administración pueda optar por la readmisión se encuentra en el acceso regular o no al empleo público, con independencia de que el contrato suscrito sea considerado en fraude de Ley, pues de las irregularidades en que pueda incurrir la Administración, no deberían perjudicar, en mi opinión, a quién, por encima de todo, ha accedido de forma reglada a la Administración Pública, y siempre tratándose de esta posibilidad de opción, cuando el despido es declarado improcedente.

Es evidente que existe, por tanto, una colisión de derechos; por un lado, el derecho individual del trabajador a la posibilidad de ser readmitido y la de la propia Administración a ejercer ese derecho que le viene reconocido como empresario en el artículo mencionado y, por el contrario, un derecho colectivo de todo ciudadano a cubrir la vacante, producida por la extinción, en condiciones de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, derechos que, por otro lado, son protegidos constitucionalmente¹³.

No conviene olvidar los términos de la tensión dialéctica que enmarca el desarrollo de la relación de trabajo en el ámbito de la Administración Pública: por una parte la exigencia impuesta por la aplicación de principios que inspiran la gestión productiva en la empresa privada, por otra parte, el elemento de indisponibilidad que introduce la condición pública del sujeto empresarial¹⁴.

Obviamente, el debate debe quedar resuelto, como así hizo la sentencia del T.C.T. de 11 de febrero de 1988 (Ar. 1537)¹⁵, en favor del derecho constitucional a ocupar esa plaza en las condiciones mencionadas. Ello supone una consecuencia distinta a la del resto de los despidos, y no es otra que la imposibilidad de opción por la readmisión del trabajador injustamente despedido¹⁶.

¹³ Una readmisión sería un método nepotista o clientelista de acceso al empleo público sustituyendo los tribunales evaluadores de las oposiciones por Tribunales de justicia, intentando con la demanda de despido, articular un método paralelo a la oposición o al concurso oposición. Vid. ANDINO AXPE, J.F.: "La contratación temporal en la Administración Pública" A.L. 31/1995, pág. 558.

¹⁴ ROMERO RÓDENAS, M^a J.: "RL en el empleo Público" *Ibidem*, 1995, pág. 74. La naturaleza y la propia complejidad del sistema de organización que la Administración Pública adopta como empleadora, constituyen frecuentemente un argumento oponible a la aplicación indiscriminada de las reglas que articulan el régimen previsto para la relación laboral privada.

¹⁵ Como también resolvieron múltiples sentencias en el mismo sentido entre las que destacan la de 18 de octubre y 14 de diciembre de 1988 (Ar. 6300 y 8225) y 22 de mayo de 1989 (Ar. 3540), todas ellas del T.C.T.

¹⁶ También es significativo, en este sentido, el contenido de las sentencias del T.S.J. País Vasco de 2 de febrero de 1993 y T.S.J. Galicia de 18 de abril y 9 de mayo de 1991, pues la readmisión supondría un choque frontal con la legislación y la CE, haciendo referencia a un principio general de derecho procesal de no ejecución, cuando lo ordenando es imposible física o jurídicamente. Estas sentencias siguen la línea interpretativa de las del T.S. en sus sentencias de 7 de febrero de 1990 (R.J. 840) y, 24 de julio de 1990 (R.J. 3490).

No obstante lo antedicho, la Jurisprudencia ha señalado una excepción para los casos de despido de los representantes de los trabajadores que tienen un contrato de interinidad y su relación laboral termina antes de la incorporación del sustituido o antes de la cobertura de la vacante¹⁷. No cabe duda que la opción, por imperativo del actual art. 56.4 ET, la tiene dicho representante, pues el caso contrario equivale a desconocer el alcance del precepto legal, en el que se dice, sin resquicio alguno para excepciones, que el derecho de opción corresponde «siempre» a los trabajadores que tengan la condición de representantes del personal; por lo que si se considerase que es incompatible la aplicación al caso del art. 56.4 del ET con la observancia del art. 23.2 de la CE, se debería plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

Además, cumpliendo con el mandato del art. 56.4 del ET, readmitiendo al representante de los trabajadores, se respeta el mandato inequívoco del precepto y, al mismo tiempo, se procura tener en cuenta las exigencias derivadas del art. 23.2 de la CE, para el desempeño de puestos de plantilla en los organismos públicos. De acuerdo con esta propuesta, el derecho del representante a optar entre la readmisión o la indemnización se puede ejercitar con todas sus consecuencias, pero no permite mantener la relación de trabajo más allá de la cobertura reglamentaria de la plaza correspondiente. Este argumento no sería válido si la relación, por fraudulenta que sea, fuera por tiempo indefinido, pues sí quedaría vulnerado el art. 23.2 citado y el 103.3 de la CE¹⁸.

Es perfectamente posible una interpretación armonizadora de las exigencias del art. 23.2 de la CE, de igualdad de condiciones de acceso a los cargos y funciones públicas, con la garantía de los representantes de los trabajadores reconocida en el art. 56.4 del ET. La armonización consiste en que la posible readmisión, por la que pudiere optar el trabajador, no suponga, necesariamente, la adquisición de la cualidad de fijeza o permanencia, sino que, o bien se efectúe en condiciones de interinidad o bien queda limitada por la posible concurrencia de otra causa legal de terminación del contrato.

Algún sector doctrinal ha llegado a afirmar que los contratos temporales celebrados con la Administración Pública en fraude de ley son nulos al amparo

¹⁷ Vid; S.T.S. de 7 de febrero de 1990 y 29 de abril de 1990.

¹⁸ En otras palabras y, acogiendo la tesis de BORRAJO DACRUZ, E.: "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial", A.L. 18/1998, pág. 746, comentando la S.T.S. de 20 de enero de 1998, el trabajador con un contrato temporal irregular, en sede de Administración Pública, sólo puede aspirar a que su contrato se repite indefinido, y no fijo. La situación de indefinición contractual, en opinión del autor, equivale a una interinidad indefinida, de modo que el contrato temporal termina cuando la vacante es cubierta por los procedimientos reglamentarios. A sensu contrario, si la interinidad no lo es hasta la cobertura reglamentaria, sino para sustituir a un funcionario o trabajador fijo de plantilla no cabe la readmisión sino hasta la reincorporación del trabajador sustituido por no existir ninguna vacante a cubrir.

de lo dispuesto en el art. 1255 del Código Civil, debiendo permitirse la declaración de lesividad de conformidad con el art. 103 de la Ley 30/1992¹⁹.

No obstante esta opinión, que sin dejar de ser meditada, no deja de ser, bajo mi parecer, atrevida, encontrándose con distintos escollos por cuanto el art. 1255 del Código Civil, que consagra el principio de la autonomía de la voluntad, difícilmente tiene cabida en sede de Derecho del Trabajo, habida cuenta que su carácter tuitivo traspasa las barreras de lo querido por las partes, incluso traspasa los posibles requisitos de un contrato de trabajo civil. Tampoco sería invocable el art. 145 de la LPL al no existir previamente un acto expreso declarativo de derechos por parte de la Administración. En cuanto a la acción de nulidad amparándose en el art. 1306.2 del Código Civil, no tendría fundamento ya que la legislación laboral, como legislación especial aplicable y posterior a la vigencia del Código Civil, arbitra otras consecuencias bien distintas en favor del trabajador. Si sería acertado una acción de responsabilidad frente al funcionario causante del fraude, responsabilidad que excedería de lo aquí pretendido²⁰.

No obstante, y deteniéndonos, siquiera brevemente, en esta supuesta responsabilidad, como consecuencia jurídica del contrato efectuado en fraude de ley, hay que hacer constar que ya la propia Ley de Presupuestos para 1988, Ley 33/1987, de 27 de diciembre, previó en su art. 51.3 que los incumplimientos de las obligaciones formales, así como la asignación de personal contratado para funciones distintas de las que se determinen en los contratos, de los que pudieran derivarse derechos de firmeza para el personal contratado, podrán dar lugar a la exigencia de responsabilidades, de conformidad con la Ley General Presupuestaria²¹.

¹⁹ ANDINO AXPE, J.F.: "La contratación temporal en la Administración Pública", A.L. n° 31 1995, pág. 557, el autor comparte dicha opinión, con la de BODAS MARTÍN, R.: para quien podría efectuarse una interpretación analógica del art. 145 de la LPL, pensándose en un proceso en que la Administración fuese el demandante y el demandado el trabajador, pudiendo éste formular reconvencción y solicitar el abono de una indemnización. Otra opción podría incardinarse por vía del art. 1306.2° del Código Civil. En ambos casos se debe permitir que la Administración repita frente al funcionario responsable de la contratación.

²⁰ Sobre responsabilidad, Vid. MONTOYA MELGAR A. "La responsabilidad de las Administraciones Públicas por incumplimiento de la legislación laboral", R.L. 1987, tomo II.

²¹ Nótese cómo esta previsión legal se hizo antes de la Sentencia de 7 de marzo de 1988 que abrió la última etapa jurisprudencial, consagrando el principio de obligado sometimiento de la Administración al imperio de la Ley. Ello evidencia que no sólo el poder judicial se hizo sensible a los abusos generalizados en contratación temporal efectuada en fraude de Ley en Las Administraciones Públicas, sino el propio gobierno, que a través de un proyecto de Ley de Presupuestos intenta regularizar la situación, dando un toque de atención a los funcionarios que actuaran de forma peregrina en esta cuestión. Anteriormente la Ley de la Función Pública de Castilla-La Mancha de 26-6-1985 ya contempló en su art. 47.3.c la exigencia de responsabilidad por incumplimiento de la normativa laboral en los mismos términos.

En otro orden de cosas, en el caso del despido en la Administración pública, que parte de un contrato indefinido, y cuyo despido no genera opción de readmisión, la ausencia de indemnización podría conculcar el art. 14 de la CE., principio de igualdad con respecto al resto de trabajadores y el 24,1 CE, en cuanto se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto se invoca el amparo de los tribunales ante una situación irregular, sin obtener compensación de las consecuencias perniciosas de tal situación²².

No obstante, con la fórmula indemnizatoria arbitrada por estas sentencias, sacrificando la opción de la readmisión, hace que se equilibre perfectamente el respeto hacia el art. 103.3 de la CE. y los artículos 14, 24.1 y 33 armonizando los principios mérito, capacidad y publicidad con los de igualdad, tutela judicial efectiva y compensación por privación de un derecho²³.

4. LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

La otra consecuencia, cuando se extingue una relación laboral en sede de Administración Pública en forma de despido improcedente, es el pago de los salarios de tramitación, sobre cuya procedencia no existe ninguna línea jurisprudencial discordante, pues su naturaleza y límites cuantitativos coinciden esencialmente con las relaciones laborales privadas²⁴.

Ahora bien, merece la pena discurrir sobre una novedad introducida por el art. 56.2 en la redacción dada por la Ley 11/94, que no es otra que la posibilidad de limitar los salarios de tramitación desde el momento del despido hasta

²² Vid. LÓPEZ GANDÍA, J.: "Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal en las Administraciones Públicas", Poder Judicial, 3/1986, pág. 157, para quien la doctrina detecta aquí un atentado al principio de igualdad "que si bien podía no autorizar una no conversión del trabajador en fijo, no debería impedir la calificación del supuesto como despido en línea de principio". Incluso podría conculcar el art. 33.3 de la CE. en virtud del cual "nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes".

²³ SALA FRANCO, T.: "Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública", pág. 40. Madrid INAP, 1989, pág. 40, para quien los principios de mérito, capacidad y publicidad son incompatibles con la readmisión pero no con la calificación del despido y correspondiente indemnización respondiendo a las exigencias de igualdad, tutela judicial efectiva y compensación por la privación de un derecho.

²⁴ Otra cuestión es si dichos salarios de tramitación tienen verdadera naturaleza salarial o, por el contrario, la naturaleza es indemnizatoria, cuestión que tiene que ver con la procedencia o no de las retenciones y descuentos sobre dichos salarios y que nada tiene que ver con las pretensiones del presente estudio. Sobre dicha naturaleza se han dado respuestas que obedecen a una doctrina dividida y una jurisprudencia errante, en palabras de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, ML.: "Los salarios de tramitación", tecnos, Madrid, 1992, pág. 10.

la celebración de la conciliación, si se dan los requisitos señalados en dicho precepto que son:

- Reconocimiento de la improcedencia del despido en el acto conciliatorio.
- Ofrecimiento de la indemnización prevista en el número 1 del art. 56, ET.
- Consignación de la mencionada cantidad en el Juzgado de Lo Social, y a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración del acto de conciliación.

Realmente, los requisitos mencionados para acotar los salarios al instante conciliatorio, caso de que el trabajador deduzca contra la Administración acción de despido amparándose en supuesto fraude de Ley, se muestran difíciles de cumplir, simplemente porque en las demandas dirigidas contra la Administración se sustituye el trámite de la conciliación por el de reclamación previa ante la propia Administración (art. 69 y 70 de la LPL.)²⁵ por parte del trabajador que impugna su contrato. Aún en el supuesto que equipáramos conciliación a reclamación previa y les otorgáramos analogía, no cabe duda que, cuando el legislador introduce la cautela del art. 56.2 ET, está pensando en la esfera privada, para que, tanto trabajador como empresario se pongan de acuerdo compareciendo ante una tercera instancia (U.M.A.C), y caso de desacuerdo, la empresa pueda efectuar tanto el reconocimiento como el ofrecimiento en ese acto, así como la consignación posterior.

Sin embargo, esto no es posible cuando la Administración Pública es el empresario, habida cuenta que, en la reclamación previa, solamente se oye la voz de una de las partes: la de la Administración; que es quien recibe la reclamación y quien la resuelve, no existe un organismo que efectúe la mediación y, por tanto, al no hacerse todo en una única unidad de acto, como en el caso de la conciliación, se daría la situación de que, aunque la Administración notificara al trabajador el reconocimiento de la improcedencia de su despido, por estar el contrato efectuado en fraude de Ley, y ofreciera la cantidad a la que hace referencia el número uno del art. 56 ET, circunstancias ambas que coincidirían en el fondo, análogamente, con lo pretendido en el art. 56.2, no se podría cumplir con el tercer requisito: el de la consignación en tiempo y forma²⁶, primero, porque la Administración no sabría si el trabajador acepta o

²⁵ Una reclamación previa tiene un objeto y finalidad bien distinto al de la conciliación, por lo que no constituye un foro adecuado para el acotamiento de los salarios de trámite. Vid. NARVÁEZ BERMEJO, M.A.: "La reclamación previa al ejercicio de la acción judicial", A.L., 9-10, 1994, pág. 132.

²⁶ Requisito esencial sin el cual no cabe ninguna acotación que debe ser efectivo y no un mero ofrecimiento (S.T.S.J. de Castilla y León-Valladolid de 4-4-1995. A.S. 1258 estableciendo que "no es suficiente con un telegrama dirigido al decano tras el ofrecimiento, sino la consignación en cuenta designada al efecto"). Tampoco es necesario que deba ponerse a disposición del trabajador, aunque el precepto lo señale, habida cuenta de que la entrega efectiva no debe realizarse hasta que la entrega no sea firme, porque ésta podría declarar el despido procedente, en cuyo caso la cantidad consignada revertiría al empresario (S.T.S.J. Andalucía-Málaga de 7 de junio de 1996 (AS 1758), en la misma línea la del País Vasco de 13 de noviembre de 1996 (AS 3761).

no la indemnización hasta que no interponga la demanda, información que llegará a la Administración pasadas colmadamente las 48 horas ineludibles para consignar y, segundo, porque la Administración está exenta de realizar depósitos y consignaciones, como prerrogativa general, y la consignación debe ser efectiva²⁷.

Por tanto, si la consignación no puede hacerse, obviamente no se puede hablar de limitaciones a los salarios de trámite a los que se hace referencia en el art. 56.1.b del Estatuto.

Cuestión que, igualmente, merece comentario es la relativa a los mal denominados "salarios de tramitación en la segunda instancia"²⁸, en relación con los salarios que debe abonar la empresa, y en este caso la Administración, si el despido es declarado improcedente, se opta por la readmisión, y una de las partes recurre en suplicación, tal y como previene el art. 295 de la LPL.

No obstante, todo lo que sobrepase del día de notificación de la sentencia deja de llamarse salarios de tramitación (vid 56.1.b ET), pero aún admitiendo la terminología de este sector doctrinal, con independencia de la denominación que se le dé, es claro, a mi juicio, que no procede tal abono porque el art. 295 LPL. no deja lugar a dudas al hablar, en todo caso, de haber "optado por la readmisión", y como hemos razonado con anterioridad, sólo cabe, en el seno de la Administración Pública, la opción por la indemnización²⁹.

5. LA CORRECTA IDENTIFICACIÓN DEL DEMANDADO

Una primera problemática que puede suscitarse es la correcta identificación del demandado, correcta identificación de aquella Administración que

²⁷ Ciertamente, el art. 226.4 de la LPL exime a los Entes públicos de efectuar depósitos y consignaciones para recurrir resoluciones judiciales. No obstante, bajo mi consideración, esta exención no afecta al acotamiento de los salarios de trámite ya que la finalidad del art. 56 ET es la de evitar procesos innecesarios mediante el arreglo extrajudicial en conciliación, finalidad que nada tiene que ver con la exención de depósitos y consignaciones que aquel artículo refiere "para recurrir", un fin distinto al apuntado. En cualquier caso nunca estarán exentas las Entidades Públicas de someter su actividad al derecho privado salvo que gocen del beneficio de pobreza (S.T.S. de 1-9-88 (RJ 3750), Vid. LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: "El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas", Cívitas, 1995, pág. 467.

²⁸ ALTÉS TÁRREGA, J.A.: "La contratación temporal en la Administración Pública", Tirant, 1994, pág. 95.

²⁹ No podemos estar de acuerdo con ALTÉS TÁRREGA cuando afirma, en obra citada, abogando por el pago de tales salarios en la segunda instancia que, "los salarios de tramitación deben abonarse —por parte de la Administración— tanto si es la readmisión la opción elegida como si lo es la indemnización" Vid. pág. 96. porque el art. 295 sólo habla de cuando se hubiera optado por la readmisión, por tanto si la Administración opta por la Indemnización —cosa por otro lado obligada— nunca procedería el abono de los salarios referenciados.

incurre en fraude de Ley a la hora de impugnarse un contrato de trabajo, supuestamente afectado por dicho vicio, acción que ejercita el trabajador a su servicio.

Hay que tener en cuenta que nuestra Nación se encuentra integrada por multitud de Administraciones públicas (Estatal, autonómica, local, institucional, corporativa) abanico que refleja la riqueza organizativa y plural que disfruta nuestro País. En ocasiones resulta complicado identificar aquel Ente dotado de personalidad propia que hace las veces de empresario, habida cuenta que a su vez se integra dentro de otra Administración pública y surge la duda de si la relación procesal está verificada de manera óptima con una demanda dirigida a una Administración concreta o, por el contrario, es necesario formar un litisconsorcio pasivo necesario frente a la Administración de que dependen o frente a aquella que los aglutina³⁰.

Este supuesto es el de los organismos autónomos. En el orden financiero y patrimonial es cierto que el ente institucional es el titular de su propio patrimonio, pero dicho patrimonio le ha sido otorgado de la Administración del que éste depende, pero en general existe una clara comunidad de Caja en cuanto que los beneficios o pérdidas que generan estos organismos redundan directamente en beneficio o pérdida del ente matriz fundador, por lo que aun existiendo una relativa autonomía presupuestaria aparece siempre al final una intercomunicación entre órgano matriz y órgano autónomo.

Esta relación de dependencia de organismos autónomos con sus fundadores para los que se presta relación laboral y que pueden verse legitimados pasivamente ante impugnaciones por supuestos fraudes de Ley en la contratación laboral encuentra varias justificaciones que harían más factible y precisa la formulación de un litisconsorcio pasivo necesario frente a la Administración matriz.

Estas razones son, en primer lugar, que la normativa por la que ha de regirse el organismo autónomo la realiza la Administración matriz en el momento de su fundación o CE tal y como se desprende del art. 6.3 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, así como su disolución o extinción tal y como reza el art. 14 de dicho cuerpo legal. En segundo lugar, porque presupuestariamente dependen de la matriz, lo que evidencia la comunidad de caja y control económico sobre los organismos dependientes (P.E. art. 149 de la Ley 39/88 de Haciendas locales). A ello podemos adicionar que la apariencia que dan estos organismos de cara al exterior evidencia una clara dependencia con respecto a la entidad matriz como es la utilización de símbolos propios de ésta,

³⁰ "La magnitud de este problema se agiganta cuando se trata de la Administración en su variadísima manifestaciones", En este sentido; SÁNCHEZ PEGO, F.J.: "Cuestiones derivadas del contrato de trabajo. Referencia al personal de la Administración Pública y de grandes empresas" P.J. nº XIV, pág. 35. El autor menciona una amalgama de legitimados pasivos a la hora de denunciar fraudulencias en la contratación, citando a la Juntas de Puertos, las Universidades, Las Comunidades Autónomas y otros entes públicos en donde el demandado se identifica con desafortunado acierto.

utilización de sus locales, de sus órganos rectores, quizás muchas veces por voluntad deliberada del ente matriz. Podría justificarse que a efectos de Derecho del Trabajo estos entes institucionales estuviesen considerados conjuntamente con la Administración matriz que los crea en situación de grupos de empresas, por darse los requisitos jurisprudenciales y doctrinales para admitir esta situación en relación con las empresas privadas³¹.

6. LA RECLAMACIÓN PREVIA A LA VÍA JUDICIAL

Una de las especialidades procesales más singulares cuando la Administración está legitimada pasivamente es la llamada RECLAMACIÓN PREVIA A LA VÍA JUDICIAL. Se trata de un medio de evitación del proceso que sustituye a la conciliación, que es un trámite necesario y obligado cuando se litiga contra la empresa privada, para evitar al máximo la litigiosidad.

³¹ No obstante, esta teoría aplicable a la Administración pública encuentra importantes impedimentos jurisprudenciales. Así, la S.T.S. de 3 de marzo de 1984 (R.J. 789) no aplica la argumentación de grupo de empresas en el caso de un Ayuntamiento y unas empresas por él creadas, por entender que dichas empresas tienen personalidad jurídica diferenciada. También es contraria a la teoría del grupo de empresas la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 29 de junio de 1989 (A.S. 1279) que rechaza expresamente que el Gobierno de Navarra deba conceptuarse como grupo de empresas, a efectos laborales, pese a que en sus actuaciones aparezca una unidad de decisión, pues hay que diferenciar entre aquellos entes que constitucionalmente tienen personalidad propia, y dentro de cada uno de ellos a las entidades que, en realidad, puedan considerarse como personas diferenciadas, de todas las entidades que, a diferencia de las anteriores, existen dentro de cada uno de esos entes administrativos con personalidad legal diferenciada, pero sin que esa diferenciación de personalidad responda a razones justificables, especialmente en los aspectos laborales. En favor de la teoría de grupo de empresas y, por tanto, de la formación de un correcto litisconsorcio pasivo necesario frente a la Administración Matriz y las entidades que dependen de ésta se muestra la sentencia de T.S. de 4 de octubre de 1988, pues al resolver la demanda de un jubilado de la Comunidad Autónoma de La Rioja que impugna la aplicación del convenio suscrito entre ésta y determinados sindicatos, rechaza que deba considerarse a ésta como una única empresa. Siguiendo con la elaboración de un empresario único con varias empresas aglutinadas en una entidad podría finalizarse coherentemente con el reconocimiento de la existencia de un grupo de empresas. Esto implica en opinión de BLASCO PELLICER, C y ALFONSO MELLADO, C.: "Especialidades procesales entre la Administración y sus trabajadores", R.L. 1990/1, pág. 148, que cada Administración tiene una personalidad propia y con ella habrá de constituirse la relación procesal, sin perjuicio de la posibilidad de, en casos extremos, recurrir a exigir responsabilidad conjunta al mismo y a la administración matriz que lo creó, por considerar de aplicación la figura de grupo de empresas cuando sea preciso para una óptima protección de los derechos de los trabajadores al servicio de la Administración pública que pretenden impugnar su contrato temporal concertado en fraude de ley.

Esta especialidad procesal a la que se ven abocados aquellos trabajadores de la Administración que pretenden impugnar sus contratos concertados en aparente fraude de ley encuentra su fundamento en la imposibilidad de transacción y allanamiento por parte de la Administración cuando es llamada al proceso³², esto hace que la conciliación previa obligatoria en cualquier relación laboral común se encuentre descartada aquí, pero ello no quiere decir que no sea preciso efectuar una actividad preprocesal previa en evitación del proceso³³. En algún momento se ha llegado a cuestionar la constitucionalidad alegándose que, en realidad consistía en la atribución a la Administración de funciones jurisdiccionales, pero esta opinión ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional en sentencias 21 y 22 de 1986, de 14 de febrero ambas, confirmando la legalidad de la reclamación previa entendida como un acto previo preprocesal tendente a la solución no jurisdiccional del litigio³⁴.

Esta reclamación previa cumple una doble finalidad, en primer lugar, servir de evitación del proceso y sustituir así a la conciliación obligatoria en relaciones laborales comunes y, por otro lado, posibilitar a la Administración una más eficaz defensa al concederle un plazo preparatorio para la misma de forma que no pueda ser sorprendida por demandas no previstas³⁵.

³² Así, el art. 39 de la Ley General Presupuestaria dispone que "no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre Derechos de la Hacienda Pública ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno".

³³ Exigencia que se remonta a una Real Orden del ministerio de Hacienda de 9 de junio de 1847.

³⁴ A estas sentencias siguieron la 60/89, de 16 de marzo, y la 120/1993 de 19 de abril, discutiendo aquella sentencia en el sentido de que la "reclamación previa no es un requisito contrario al derecho a la tutela judicial efectiva ya que cumple unos objetivos que se consideran razonables e incluso beneficiosos para el desenvolvimiento de los mecanismos jurisdiccionales en su conjunto".

³⁵ La finalidad de esta reclamación previa sería la de evitar procesos innecesarios, aunque con resultados no demasiado prácticos, si bien se ha aludido a una finalidad de ejercitar una defensa más eficaz de la administración al advertirle que se pretende realizar una gestión previa al entablamiento de un contencioso laboral frente a ella. Vid. JIMÉNEZ APARICIO, E.: "La reclamación administrativa previa ante el Estado y el proceso laboral" R.E.D.T. núm. 29, pág. 23. Jurisprudencialmente la S.T.S. de 9 de junio de 1988 (RJ 5259/88) insiste en la finalidad apuntada con la reclamación previa, de dar la posibilidad a la Administración de preparar adecuadamente la oposición a la demanda. En contra de la justificación de la institución como garantía para una óptima preparación del proceso GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Curso de Derecho Administrativo", Civitas, Madrid 1993, pág. 694, ya que la finalidad de preparar la oposición puede salvarse con el traslado de la demanda.

Sin embargo, esto puede afectar, a mi juicio, a las exigencias de un proceso judicial ágil y breve, motivo por el que la obligatoriedad de comunicación previa, que exigía el art. 110.3 de la Ley 30/92 fue suprimido por la Ley 4/1999, exigencia que, en los términos de su exposición de motivos, es no sólo "innecesaria, sino probablemente obstaculizadora".

Las pretensiones formuladas en la reclamación previa no pueden diferir de las que se pretendan en juicio, tal y como establece el art. 72 de la LPL, introduciendo variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos de los formulados en la reclamación previa en la contestación a la misma. Tampoco la Administración demandada podrá fundamentar su oposición en hechos distintos a los aducidos en el expediente administrativo, si lo hubiere, salvo que los mismos se hubieran producido con posterioridad (art. 72.2)³⁶.

También la reclamación previa, al igual que la conciliación, interrumpe los plazos de prescripción y suspenderá los de caducidad, reanudándose estos últimos al día siguiente al de la notificación de la resolución o del transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada (art. 73 LPL). No obstante la conciliación previa no suspende el plazo de caducidad en la acción de despido frente a entidad pública, cuando aquel trámite pretende sustituir al de reclamación previa³⁷.

La especialidad procesal de la reclamación previa a la vía jurisdiccional social, en el caso que nos ocupa de impugnar contratos en fraude de ley, se encuentra recogida en el art. 69 de la LPL, aunque algunos trabajadores del Estado tienen un procedimiento de reclamación previa especial³⁸. El art. 69.2 nos habla de la desestimación presunta por el transcurso de un mes desde la interposición de la reclamación previa, dicha desestimación deja expedita la vía jurisdiccional social. En la demanda habrá de acompañarse copia de la interposición de la reclamación previa acreditativa del transcurso de dicho mes o de la resolución contestando expresamente la reclamación³⁹.

³⁶ Una cosa es que, como afirma CRUZ VILLALÓN, J. en "El control judicial de los actos de la Administración laboral: la extensión de las jurisdicciones laboral y contencioso-administrativa" RL 2/1990, pág. 201, derivado tanto de un modelo constitucional de división de poderes, dentro del Estado, como del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, se proceda a un necesario control judicial de los actos de la Administración, en la esfera de las RL, a favor de los administrados, y otra cosa es, en mi opinión, que se deje al antojo de estos últimos la variación de las pretensiones en el acto de juicio, lo que podría provocar la indefensión de la Administración, y con ella la de los intereses generales. Vid. S.T.S.J. del País Vasco de 16 de julio de 1997 (A.S. 2331), de Cataluña de 7 de diciembre de 1996 (A.S. 4961), de Castilla La Mancha de 9 de febrero de 1996 (A.S. 344) y S.T.S. de 14 de junio de 1996 (A.S. 5160).

³⁷ S.T.S. de 28 de junio de 1999, comentario en Diario de Jurisprudencia "El Derecho", noviembre de 1999, pág. 8.

³⁸ Vid. por ejemplo, el personal laboral al servicio del Ministerio de Defensa. El R.D. de 13 de junio de 1980 contiene una reclamación previa específica. A mayor abundamiento, es de especial interés la obra de APARICIO TOVAR, J y BAYLOS GRAU A.: "Notas sobre la relación laboral de carácter especial de los trabajadores de la Administración militar". Poder Judicial 7/1987.

³⁹ No obstante, la S.T.C. de 19 de abril de 1993 (120/1993), permite entender cumplido materialmente el requisito procesal de la reclamación previa, si el plazo de un mes que fija el proceso ha transcurrido en la fecha del acto del juicio aunque la demanda se hubiera interpuesto antes del transcurso de tal plazo.

El art. 71 de la LPL, de 1990 contenía en su apartado cuarto el plazo que debía transcurrir para la desestimación presunta, que era de 45 días, (artículo que hace referencia a reclamaciones en materia de Seguridad Social y no a reclamaciones de trabajadores frente a la Administración). No obstante, la nueva redacción introducida por la LPL de 1995 establece en dicho párrafo 4º que el plazo para entenderse desestimado se expresará reglamentariamente, reglamento que en la actualidad todavía no se ha aprobado.

Esto hace que la desestimación de reclamaciones previas contra la Administración sólo se entiende de forma presunta en el caso de los trabajadores a su servicio y no en el otro supuesto de reclamación previa a la vía jurisdiccional social contemplado por la Ley (en materia de Seguridad Social por los particulares afectados) en donde la desestimación sólo cabe expresamente⁴⁰.

Notificada la denegación de la pretensión deducida en el suplico de la reclamación previa, o transcurrido un mes desde la interposición de la reclamación, el trabajador dispondrá de un plazo de dos meses para deducir demanda⁴¹.

Este plazo ha de ser matizado en los supuestos de impugnación por despido de trabajador al servicio de la Administración Pública, para los casos de resolución de contratos temporales efectuados en fraude de ley, donde el plazo será de 20 días, aplicándose el plazo general de prescripción del art. 59.3 del ET. (art. 69.3 LPL).

Esto es así, en mi opinión, porque el plazo de 20 días al que hace referencia el art. 59.3 del ET debe complementarse con lo previsto en el art. 103 de la LPL, que habla de caducidad *a todos los efectos*, de tal forma que, una vez reanudado el cómputo de caducidad, por entenderse desestimada la reclama-

⁴⁰ El art. 71.4 de la LPL., cuando se refiere a reclamación previa en materia de seguridad social establece que "en los dos supuestos anteriores, la entidad deberá contestar expresamente en los plazos reglamentariamente establecidos. En caso contrario, se entenderá denegada la petición por silencio administrativo". El problema estriba en que se ha hecho una remisión en blanco al reglamento por lo que cabe preguntarse qué sucede si la Administración no contesta expresamente. Se cuestiona si existe una vulneración de la tutela judicial efectiva al diferir en blanco al reglamento el momento en que puede hacerse efectivo tal derecho. Vid. CACHÓN VILLAR, P.: "Otras reformas en el proceso social" en *reforma y crisis del proceso social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 217. Sin embargo, BAYLOS, CRUZ y FERNÁNDEZ en "Instituciones de Derecho procesal laboral", 2ª ed., Trotta, Madrid, 1995, pág. 111 y ALFONSO, ALBIOL, BLASCO Y GOERLICH en "Derecho Procesal Laboral" 2ª ed., pág. 164, entienden que la reclamación previa en esta materia se desestima presuntamente en un mes de su interposición por aplicación de lo previsto en el art. 125.2, en relación con el art. 69.2 de la Ley 30/92.

⁴¹ No obstante, la inactividad o retraso en la presentación de la demanda no supone la pérdida de derecho alguno, sino la necesidad de plantear una nueva reclamación previa si se quiere acudir, con posterioridad, a los citados dos meses, ante la jurisdicción Social. Vid. MONTERO AROCA, M.: "El proceso laboral", Bosch, 1982 Barcelona. Tomo I pág. 199. Igualmente, S.T.S. de 17 de julio de 1984 (R.J. 4187/84), idem S.T.S.J. de Madrid de 5 de noviembre de 1996 (A.S. 4358).

ción previa, si transcurren más de 20 días, la determinación extintiva efectuada por la Administración del contrato celebrado en fraude de Ley adquirirá firmeza y podrá apreciarse inclusive de oficio.

Si la reclamación administrativa previa se estima, obviamente también se cierra la vía jurisdiccional social, no así la estimación parcial que abre la posibilidad de litigio por la parte no estimada.

La estimación de la reclamación previa, a diferencia de la avenencia en conciliación judicial, no comporta título ejecutivo, pero la Administración indemnizará al trabajador cuyo contrato se ha suscrito en fraude de Ley si ha sido despedido o lo dejará en situación de indefinición contractual, que no de fijeza, como ya veremos en el caso de que la acción ejercitada por el trabajador al servicio de la Administración Pública sea declarativa de derechos, derecho a que su contrato sea declarado indefinido, y no temporal, por estar realizado en fraude de ley. Esta situación de cumplimiento práctico y voluntario por parte de la Administración de las reclamaciones previas estimadas no difiere mucho de quienes posean títulos ejecutivos contra la Administración al chocar su cumplimiento forzoso con el de inembargabilidad.

Respecto a esta obligatoriedad de reclamación previa, como una singularidad del proceso laboral en el que interviene la Administración, conviene señalar que la falta de reclamación previa no es apreciable de oficio, si bien la jurisprudencia parece dividida y evolucionando hacia la dirección contraria⁴², pese a que parece más lógica la solución inicial ya que esa falta de reclamación previa constituiría una excepción dilatoria a la que la Administración podría renunciar si considera que, aún no presentándose la misma, se han cumplido las finalidades que la misma debía jugar.

⁴² Proclives a la apreciación de oficio SÁNCHEZ PEGO, FJ y TOLOSA TRIVIÑO, C.: en "Los procesos de Seguridad Social, en AAVV (DE LA VILLA, L.E Dir.) "Derecho de La Seguridad Social", Tirant, Valencia, 1997, pág. 693. En cuanto a posicionamientos jurisprudenciales a favor de la apreciación de oficio de la omisión de reclamación previa, consustancial a la admisión de la demanda Vid. S.T.S. de 18 de marzo de 1997 (RJ 2569/1997). En contra de la apreciación de oficio abogando la vía de la excepción procesal por la Administración S.T.S.J. de Canarias —Las Palmas— de 14 de octubre de 1997 (A.S. 43335) que razona que "si bien afecta a normas de orden público procesal que pudiera justificar su apreciación de oficio, no es sino un privilegio renunciabile por el ente a cuyo favor se estableció". Ahora bien, si la falta de reclamación previa no se alega ni se aprecia de oficio durante el juicio de instancia, no podrá alegarse en instancias superiores porque constituiría una cuestión nueva inadmisibile Vid. BLASCO PELLICER, A.: "La reclamación administrativa previa en la modalidad procesal de Seguridad Social", R.E.D.T. núm. 95, 1999, pág. 365 con cita a S.T.S. de 27 de febrero de 1984 (Ar 933) y S.T.S.J. de Canarias —Las Palmas— de 14 de octubre de 1997 (Ar 4335). Existe una tercera vía que es la de considerar la falta de reclamación previa como un defecto subsanable que podría convalidarse en cualquier momento, antes de la sentencia, si se apreciara de oficio o se alegara, como excepción dilatoria, por la Administración, en opinión de GONZÁLEZ VELASCO, J.: "Los sistemas de eliminación del proceso. La nueva Ley de Procedimiento Laboral". Obra Colectiva dirigida por BORRAJO DACRUZ. Tomo XIII, Vol. I., Edersa, pág. 574.

Como paso previo a la interposición, será preciso reseñar que el art. 69.2 de la LPL exige el acompañamiento a la demanda de la resolución denegatoria de la reclamación previa o documento acreditativo de la presentación de la reclamación, uniendo copia de todo ello para la Entidad Demandada⁴³.

7. LA POSTULACIÓN PROCESAL Y EMPLAZAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA

Respecto a la asistencia técnica en el proceso o la representación de las partes, el trabajador al servicio de la Administración Pública puede ser asistido por letrado o graduado social, si bien, nada impide que aquel mismo asuma su propia defensa, al no ser preceptiva, en primera instancia laboral, la intervención de ningún profesional. (art. 18 y 21 LPL).

Sin embargo la intervención de abogado para la representación y defensa de las Entidades Públicas es obligatoria por imponerlo así el art. 22 de la LPL, en relación con el art. 447 de la LOPJ. La especialidad radica en el tipo de defensa, pues depende de cuál sea la Administración demandada tendrá un tipo de letrado u otro. Así, si la demandada es la Administración central del Estado su representación y defensa corresponderá al Abogado del Estado, mientras que si se trata de una Comunidad Autónoma pueden intervenir o bien sus propios servicios jurídicos o servicios jurídicos ajenos a la Administración, contratados a tal fin, lo mismo puede predicarse de las Entidades locales⁴⁴.

⁴³ No obstante, a pesar del tenor literal del precepto, no constituye un defecto invalidante no acompañar copias para el Abogado del Estado, según la S.T.C.T. de 16 de marzo de 1977.

⁴⁴ CARDONA TORRES, J.: "El personal laboral en las corporaciones locales", Bosch, 1989, pág. 15. La relación de estos profesionales del derecho con la corporación local puede ser laboral, o administrativa no pudiendo realizar un encuadramiento laboral o administrativo, con carácter general, pues se trata de una cuestión conflictiva o comprometida, siendo estéril precisar una doctrina general, de plena y amplia validez frente a los diferentes supuestos que se han planteado ante los tribunales, con cita a GIL SUÁREZ, L.: "El ET", Colex, Madrid, 1986, pág. 34. El régimen más extendido es la de arrendamiento de servicios profesionales en la Corporaciones locales. Interesante la cita de aquel autor a la S.T.S. de 11 de noviembre de 1983 que expone esta fórmula estandarizada frente a la de abogado de plantilla, Vid. pág. 213.

En cualquier caso, con independencia de la defensa de Corporaciones locales o cualquier ente administrativo reseñado, a pesar de ser la defensa por profesional un facultad de la LPL, no una obligación, del conjunto de intereses cuya defensa está en juego hacen prácticamente innegociable la intervención de abogado en estos procesos que, se concreta en la necesidad de procurarle a la Administración una eficaz defensa garantizada y jerarquiza como advierten BLASCO PELLICER C y ALONSO MELLADO, C.: "Especialidades procesales en los juicios laborales entre la Administración y sus trabajadores" RL. 1990, pág. 144.

Respecto a la citación para juicio es necesario hacer constar que el art. 60.3 de la LPL establece que los actos de comunicación con el Abogado del Estado, así como con los letrados de la Administración de la Seguridad Social, se practicarán en su despacho oficial. Estas diligencias se entenderán respecto de la Comunidades Autónomas, con quien establezca su legislación propia.

Es evidente que, en lo que concierne a la empresa privada como entidad demandada, las notificaciones no se le efectúan al profesional de la empresa sino que se notifican en el domicilio de la empresa y ésta dará el traslado oportuno al profesional que vaya a asumir la defensa y/o representación; una prerrogativa o especialidad más de la Administración Pública que interviene en el proceso laboral.

Pero además, otra especialidad, y al hilo de lo razonado sobre las prerrogativas de la Administración para no ser procesalmente sorprendida, existe igualmente especialidad en el plazo que debe observarse en el emplazamiento para la celebración de la vista oral que, como regla general para todos los litigios, se establece en 10 días (art. 82.1 LPL), desde la presentación de la demanda, y al menos cuatro días desde el emplazamiento hasta la vista. Es preciso hacer constar que el plazo para emplazar es obligatorio, según se desprende de la expresión "el juez emplazará dentro de los diez días siguientes"⁴⁵. No obstante, el plazo que debe transcurrir desde la citación hasta la celebración de la vista oral es un plazo mínimo, el Juzgado cumple, por tanto, con la observancia de mínimos, pero ninguna norma le obliga a la celebración de los actos de conciliación y juicio en un plazo máximo predeterminado.

Nótese, por tanto, cómo desde la citación hasta la celebración del juicio deben transcurrir al menos cuatro días. No obstante, aún en procesos de despido, la práctica demuestra que dicho plazo es mucho más amplio entre los dos actos. El plazo mínimo que introdujo el legislador no tiene otra finalidad que la de dar tiempo al demandado para preparar su defensa, pues en el proceso laboral huelga decir que es el demandado (la empresa en términos generales) quien deberá hacer un mayor esfuerzo procesal de contestación y prueba, un plazo mínimo menor podría producir indefensión.

No obstante, el art. 82.3 LPL contiene dos curiosas excepciones que conviene estudiar por otorgar al demandado un plazo mínimo mayor para preparar esta defensa, a la que nos venimos refiriendo, desde su emplazamiento.

El apartado a) nos habla de persona jurídico pública o privada o con un grupo sin personalidad, en cuyo caso deberá hacerse con un plazo mínimo de quince días.

La parte que nos interesa son las personas jurídico-públicas, esto es, Entes administrativos, que serán emplazadas con esa prebenda.

Es discriminatorio, en mi opinión, la diferencia de trato que se da a un empresario individual, (persona física) que a un empresario social (persona

⁴⁵ Plazos oníricos que normalmente se sobrepasan colmadamente.

jurídica), pues el segundo tiene un plazo mínimo para preparar su defensa mucho mayor, cuando, en principio, tendría unos medios de defensa mucho más organizados por revestir una categoría empresarial, en principio, de mayor envergadura que el empresario individual.

A pesar de esta observación, la Administración Pública que contesta una demanda por supuesto fraude de ley en un contrato de trabajo, que es el supuesto que analizáramos, tiene un plazo especial de defensa, plazo mínimo de preparación de 15 días, sin que la Ley haga mención al máximo. Igual plazo tendrá, en principio, cualquier ente público, con la especialidad que analizamos a continuación, porque el art. 82.3 a) habla, en general, de personas jurídicas.

Pero el supuesto curioso, y sobre el que merece la pena efectuar un breve esfuerzo discursivo es el que previene el apartado b) del art. 82.3 de la LPL. De esta forma cuando la representación y defensa en juicio sean atribuidas al Abogado del Estado, se le concederá un plazo de veintidós días para la consulta a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. El señalamiento del juicio se hará de modo que tenga lugar en fecha posterior al indicado plazo⁴⁶.

Esto implica que el trabajador al servicio de la Administración que quiera impugnar su contrato efectuado en supuesto fraude de ley, se encontrará, a priori, con una oposición procesal mucho más férrea, en atención al tiempo mínimo de preparación que ha tenido el Abogado del Estado —22 días— frente a cualquier demandado —mínimo 4 días—. De esta forma los trabajadores de la Administración se encuentran con un proceso laboral de reclamación, en teoría, más lento.

No obstante, esta especialidad sólo se da cuando se debe dar traslado de la demanda al Abogado del Estado. Surge entonces el cariz discriminatorio en el que puede estar inmerso el precepto, pues resulta que la Administración Central del Estado, que es representada y defendida⁴⁷ en juicio por el letrado del Estado,

⁴⁶ La S.T.S. de 11 de abril de 1987 (R.J. 743) es taxativa a la hora de respetar ese plazo mínimo para preparar la defensa por parte de la Abogacía del Estado.

Este plazo de 22 días sustituye al de tres meses, durante el que se suspendía la tramitación del juicio, que los artículos 9 del Estatuto de la Dirección de lo Contencioso y del Cuerpo de Abogados del Estado de 1925, 55 y 60 de su Reglamento disponían, a fin de que el abogado del Estado consultase a tal Dirección General y, plazo que debe quedar sustituido por el de los 22 días. Esta prerrogativa administrativa, a pesar de tener apoyo jurisprudencial, no ha estado exenta de críticas del lado doctrinal, porque si lo que se pretende es evitar sorpresas y posibilitar una óptima defensa de los intereses generales hay que contestar que la intención de demandar se anuncia ya en la reclamación previa y el contenido de la demanda va a ser similar al de aquella. En total conformidad con LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: "El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas", Civitas, 1995, pág. 464.

⁴⁷ El tratamiento diferenciado que las normas hacen respecto a la Administración Central del Estado hace que los contenciosos que planteen sus trabajadores encuentren una feroz resistencia, precisamente por las actuaciones de defensa que ordena el propio reglamento orgánico de la Abogacía del Estado de 1943 que suponen que el letrado del Estado deba recurrir todo lo que sea procedente a tenor del art. 55 del mencionado reglamento:

tiene más prerrogativas que si la demandada es otra Administración, habida cuenta de que el letrado que defiende a una Comunidad Autónoma o a una corporación local, frente a una demanda de los trabajadores de la mentadas Administraciones, gozaría de diferente plazo, menor, que la Administración del Estado, 15 días, como cualquier persona jurídica.

Incluso esa oposición tan pertinaz no es comparable con la de los profesionales que representan y/o defienden a otras Administraciones Públicas que no son defendidas por el Abogado del Estado, como son las Comunidades Autónomas y la Corporaciones Locales, habiendo de estarse a la normativa concreta o a los acuerdos de los órganos competentes de dichas Administraciones Públicas.

8. ESPECIALIDADES EN EL DESARROLLO DEL PROCESO

Llegada la hora de la conciliación y juicio es necesario hacer constar que la transacción sería posible, pero sometida a unos condicionantes muy dificultosos⁴⁸. En cuanto a la conciliación judicial precisamente por las dificultades a la hora de llevar a buen puerto una transacción judicial no existe una opinión unánime que legitime la posibilidad de conciliación judicial cuando una de las partes es una Administración Pública⁴⁹, si bien el Estado puede allanarse a la reclamación impugnatoria del trabajador, requiriendo para ello la autorización

"preparar e interponer los recursos que sean pertinentes". Esto supone que si bien no se encuentra obligado, sólo cuando no sea justificada su interposición debe abstenerse de hacerlo porque el precepto arenga a este magno funcionario para que lo haga. El artículo 71 del reglamento orgánico al hablar de recurso de casación se prescribe que para dejar de interponerlo es necesario efectuar una consulta preceptiva y aún no recibiendo contestación debe interponerse. Esto da una idea de la titánica defensa que tendrán que soportar los trabajadores de la Administración Central que denuncien fraude de Ley frente a los de la empresa privada. La doctrina se cuestiona si este recurso preceptivo podría conculcar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y crítica abiertamente esta prerrogativa de la Abogacía del Estado. En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: "Curso de Derecho Administrativo" Cívita, Tomo II, Madrid 1993, pág. 592.

⁴⁸ BLASCO PELLICER, C y ALFONSO MELLADO, C.: "Especialidades procesales en los litigios laborales entre la Administración y sus trabajadores", cit. pág. 156.

⁴⁹ DE LA VILLA GIL, L.E.: "Instituciones de Derecho del Trabajo", Ceura, Madrid, 1983, pág. 489, se muestra en contra de esta posibilidad de conciliar judicialmente en estos casos, como regla general.

Tras la Ley 30/92, y al establecer por ésta (art. 88) que las Administraciones Públicas pueden celebrar "acuerdos, pactos y convenios", se contesta igualmente en contra de la transacción en el sentido de que es preciso que una norma regule el alcance, los efectos y el régimen jurídico específico de esos acuerdos previstos en aquella Ley. Vid; MENÉNDEZ REXARCH, A.: "Procedimiento administrativo: finalización y ejecución", en AAVV *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, pág. 264 y FERNÁNDEZ MONTALVO, R.:

de la Dirección General de lo Contencioso, y en las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales a través del acuerdo de los órganos de las mismas (por ejemplo, los plenos de los parlamentos o Ayuntamientos).

En cuanto a la posibilidad contemplada en el art. 97.3 de la LPL relativa a la multa por temeridad, es necesario indicar que esta posibilidad se encuentra jurisprudencialmente circunscrita a supuestos excepcionales que no encajarían especialmente en casos en los que la Administración contesta a una demanda y comparece a un juicio para defender la legalidad de su actuar como empresario que contrata temporalmente a un trabajador. La modalidad temporal utilizada, así como su actitud como empleadora durante todo el desarrollo contractual se torna en una cuestión además de discutible, litigiosa, controvertida y oponible judicialmente, lo que alejan la posibilidad de condena pecuniaria por temeridad en supuestos de impugnación de contrato por fraude de Ley.

No obstante, otra cuestión sería la posibilidad jurídica, con independencia del caso concreto de imposición de multas por temeridad, a lo que en mi opinión, debería contestarse afirmativamente por no estar excluida dicha posibilidad para la Administración en el art. 97.3⁵⁰.

Respecto a la vista oral no parece que la Administración tenga unas prerrogativas especiales en la fase de alegaciones aunque sí las tiene en cuanto a determinadas pruebas como puede ser la confesión judicial, pues el art. 595 de la L.E.C. establece que en los pleitos en que sea parte el Estado o alguna Corporación del mismo⁵¹ no se pedirán posiciones al Ministerio Fiscal o a quien represente a dicha parte. En su lugar la contraria (en este caso el trabajador que

"Comentario sistemático a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Madrid 1993, pág. 157.

A favor de la posibilidad de conciliación judicial, en base al art. 88 de la Ley 30/1992, y en contestación a estos autores LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: "El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas", cit. pág. 466. Establece este autor que sí existe una regulación normativa de la posibilidad de acuerdos por parte de las AAPP, porque la propia LPL regula el alcance, los efectos y el régimen jurídico de la conciliación ante el juez. Otro argumento a favor de la posibilidad de conciliación está en que de la misma manera que el art. 64.1 de la LPL, al hablar de conciliación extrajudicial, excluye de la misma a las AAPP. La Ley no excluye esa facultad a las AAPP cuando se trata de conciliación judicial. Un último argumento lo constituye el hecho de que si con no permitir la conciliación judicial y extrajudicial se pretende evitar actuaciones de mala fe, por los representantes de la Administración, para ello el propio juez evitará acuerdos contrarios a derecho o contrarios a la buena fe y el orden público.

⁵⁰ También lo interpretan en sentido afirmativo BALTASAR RODRÍGUEZ y MANUEL ÁVILA en "Comentarios a la LPL" Lex Nova, Valladolid, 1991, Tomo II, pág. 536.

⁵¹ Una vez más la Ley sólo se refiere a prerrogativas para la Administración Central del Estado. Es evidente que en la fecha de publicación de la L.E.C., año 1881, no existían Comunidades Autónomas, por lo que difícilmente el legislador decimonónico pudo pensar en extender dichas prerrogativas a estas Administraciones. No obstante sí existían administraciones locales (Ayuntamientos) a los que, a mi juicio, el legislador desvinculó de esta prebenda.

impugna un contrato efectuado en fraude de Ley) propondrá por escrito las preguntas que quiera hacer, las cuales serán contestadas por vía de informe por los empleados de la Administración a quienes conciernen los hechos⁵². La contestación se hará dentro del término que el Juez señale (art. 595.2 L.E.C.).

Dicho informe es ilógico solicitarlo en el momento del juicio oral, pues eso equivaldría a retrasar aún más el juicio. Por ello, el art. 78 de la LPL contempla la posibilidad de prueba anticipada, con ello sería conveniente que en la propia demanda el trabajador de la Administración solicite, si le conviene, confesión judicial por medio de informe para que este sea evacuado con anterioridad a la vista y el actor tenga tiempo para estudiarlo, efectuar y proponer pruebas que desvirtúen su contenido o hacer mención del mismo en el trámite de conclusiones.

No obstante, tratándose de un pleito en el que se debate la existencia o no de fraude de Ley en la contratación laboral, y tratarse, por tanto, de una cuestión de vulneración o no de las normas rectoras de la contratación temporal, parece lógico pensar que tal prueba es superflua, pues del contenido del contrato y de su extensión temporal concertada puede inducirse, en la mayoría de las ocasiones, si el contrato se encuentra o no efectuado en fraude de Ley.

No obstante, en mi opinión, debería solicitarse al Juzgado, por parte del actor, que se requiera el expediente administrativo obrante a la Administración demandada, en donde consten los pormenores de la contratación y sus antecedentes.

Otra especialidad que se van a encontrar los trabajadores que litiguen impugnando su contrato de trabajo en fraude de ley, si lo hacen contra la Administración Pública, es que ésta no tiene obligación de consignar depósito para recurrir ni en suplicación ni en casación tal y como previene el art. 227 de la LPL. Esta prerrogativa no sólo va a alcanzar a la Administración Central del Estado sino también a las Comunidades Autónomas, las entidades locales⁵³, los organismos autónomos dependientes de todos ellos⁵⁴ y quienes tuvieran reconocido el beneficio de justicia gratuita, entre los que se encuentra el propio trabajador de la Administración. Sin embargo, la empresa privada no goza de esa prerrogativa, por lo que el trabajador que litigue contra ésta última encon-

⁵² La doctrina ha sido combativa con este privilegio porque la oralidad que caracteriza al proceso laboral queda en entredicho en opinión de estos autores, Vid. LÓPEZ GÓMEZ, J.M. "El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas", cit. pág. 468.

⁵³ Vid. el artículo 182.5 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local.

⁵⁴ Tradicionalmente se había denegado jurisprudencialmente del derecho a no efectuar depósitos para recurrir (Vid. S.T.S. de 4 de febrero de 1984 y T.C.T. de 2 de febrero de 1987) por parte de los organismos autónomos dependientes de las Administraciones Públicas. La Ley de Procedimiento Laboral de 1990 amplió dicha ventaja a los mencionados Organismos.

trará menos oposición, a priori, porque la empresa se puede ver disuadida ante la pérdida de depósitos, consignaciones y costas procesales. Estas prerrogativas hacen que el cumplimiento de las resoluciones judiciales condenatorias para La Administración se retrase ostensiblemente.

9. LA EJECUCIÓN DE LAS CONDENAS PECUNIARIAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CON CAUSA EN CONTRATOS TEMPORALES IRREGULARES

Otra cuestión relacionada con las consecuencias jurídicas de un contrato celebrado con la Administración Pública en fraude de Ley lo constituiría el cumplimiento efectivo por parte de la Administración al indemnizar al trabajador. Si bien, dicho efecto difiere respecto al trabajador de la empresa privada, en cuanto que ésta tendrá la doble opción, en caso de extinción improcedente (readmisión o indemnización). También difiere en cuanto a los métodos existentes en uno u otro caso para ejecutar las sentencias, pues si en la empresa privada el apremio contra el patrimonio es una solución normal, dicha fórmula no es posible en el caso de La Administración. Surge entonces, una vez más, la disfunción existente entre trabajadores de la esfera privada que, una vez obtenida sentencia son ellos los que deciden cuándo y cómo ejecutar contra el patrimonio de su empleadora, y los de la Administración Pública por la imposibilidad de despachar ejecución contra los derechos, fondos y bienes en general de la Hacienda Pública, correspondiendo a la autoridad Administrativa, de conformidad con el art. 44 del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria (aprobado por R.D. Leg. 1091/88 de 23 de septiembre) el cumplimiento efectivo de las sentencias dictadas contra la Administración⁵⁵. Y no sólo esto es predicable a la Administración Central del Estado sino también a la Autonómica y Local⁵⁶.

No obstante, la propia LGP (art. 44.3) establece que, habiendo crédito presupuestario, la Autoridad administrativa acordará el pago, pago que por otro lado habrá de ser inmediato por la sujeción de la Administración a los dictados

⁵⁵ Ahora bien, el hecho de que el mencionado precepto proclame la inembargabilidad de la Administración Pública no puede invocar la Administración ninguna causa específica para no efectuar un cumplimiento voluntario de lo ordenado por el Juez. BASSOLS COMA, M.: "La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública en jurisdicciones distintas a la contencioso-administrativa", Documentación Administrativa, 209/1987, pág. 85.

La administración está obligada, simplemente por respeto debido al principio de buena fe, una vez conocido el fallo, a reconducir su actuación de acuerdo con el mismo; S.T.S. de 23 de junio de 1983 (RJ 2777). El principio de legalidad presupuestaria debe ceder ante el de tutela judicial efectiva cuando se trata de cumplir las resoluciones judiciales (S.T.Co de 7 de junio de 1982, rec. amparo 234/80).

⁵⁶ Vid. art. 154.2 de la Ley 39/88 Reguladora de las Haciendas Locales.

del Poder Judicial, algo que en un Estado social y democrático de derecho es, por otro lado, evidente.

Inclusive, el principio de inembargabilidad encuentra detractores doctrinales y Jurisprudenciales, hasta el punto de explicitar algunos límites a este principio. Se trata de supuestos en los que sin apremiar el patrimonio público, en sentido material, se efectúa una realización del crédito en favor del trabajador que obtiene una sentencia favorable declarando la misma existencia de fraude de Ley en la contratación temporal que le liga a la Administración Pública, reaccionando el tribunal con una condena pecuniaria al declarar la decisión extintiva del Ente como de despido improcedente⁵⁷.

Por tanto, cabría interpretarse que las sentencias contra la Administración son meramente declarativas, y corresponde su ejecución y cumplimiento a las autoridades y funcionarios de la Administración⁵⁸.

Los Tribunales de Justicia se encuentran supeditados a un requisito de carácter político cual es la existencia de crédito, y caso de no haberlo habrá de aprobarse por las Cortes un crédito extraordinario para el cumplimiento efectivo de la sentencia. Menciona el art. 44.3 de la LGP que dicho crédito extraordinario habrá de aprobarse dentro de los tres meses de la notificación de la resolución judicial⁵⁹.

⁵⁷ En este sentido es interesante la Sentencia de la Magistratura de Trabajo número 1 de Pontevedra, de 30 de abril de 1987, declarando embargable la Tesorería de la Administración Pública por no suponer un embargo de los bienes públicos en sentido estricto. Vid. igualmente SALINAS MOLINA, F "Ejecución dineraria: el embargo", R.L n° 15-16/1999, pág. 18.

En este caso la traba sobre dinero líquido no deja de ser una anticipación a un gasto futuro, y por tanto a un descenso de tesorería, pero que se realiza por vía coercitiva al proceder de una orden judicial, actuación que, en mi opinión, no vulnera el principio de inembargabilidad contra la Administración.

⁵⁸ Vid. en este sentido MONTERO AROCA, Obra cit. Tomo II, pág. 334. Esto supondría que los trabajadores al servicio de la Administración que impugnan un contrato en Fraude de Ley se encuentran, en principio, imposibilitados para acceder a una tutela judicial efectiva plena al no poder solicitar de la jurisdicción una de las funciones básicas: hacer ejecutar lo juzgado, que es lo que le viene encomendado por el art. 117.3 y 118 de la CE. Sin embargo es precisamente la mención "haciendo ejecutar lo juzgado" y no la de "juzgando y ejecutando" la que hace que se reserve al Poder Judicial la facultad de imponer sus decisiones, pero no la de realizar las actividades materiales conducentes a ello, avalando la teoría de que es la propia Administración la que tiene la facultad de ejecutar por sí sus propias sentencias. En la línea de lo argumentado por PQUERAS BAUTISTA.: Ejecución de sentencias que afectan a la Administración. El poder judicial, vol. III, *Instituto de Estudios Fiscales*, 1983, pág. 2399.

⁵⁹ Lo que da una idea de las particularidades a las que se enfrenta un trabajador que tiene como empleadora a la Administración Pública por cuanto que el sometimiento real y efectivo de los litigantes a lo que resulte de las resoluciones judiciales encuentra aquí su excepción, al estar matizado el cumplimiento del demandado (Administración Pública) a otros condicionantes distintos a los marcados por el Poder Judicial y a los que son sometidos inexorablemente el resto de los Ciudadanos. Vid. SAINT-JOURS Yves.: "Les diferentes situations juridiques des travailleurs employés dans les secteurs public et privé", *Droit Social*, 1980, pág. 187.

Esto hace que el Tribunal Constitucional deba posicionarse acerca de si estas prebendas de la Administración y si en nuestro caso concreto, que es objeto de estudio, esta desigualdad para hacer cumplir los efectos del contrato de trabajo temporal realizado en fraude de ley, es contraria o no a la CE.

La propia S.T.Co 32/82 de 7 de junio consolida la doctrina de que la ejecución de sentencias, incluidas las que van dirigidas contra la Administración, se integra inseparablemente en el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva y constituye un aspecto esencial del Estado de Derecho la garantía del cumplimiento de las sentencias judiciales que debe ser otorgada por los propios Jueces y Tribunales en quienes recae la potestad de obligar al cumplimiento de sus resoluciones, potestad inseparable de la propia potestad Jurisdiccional, siendo necesario que los Juzgados de Lo Social garanticen la ejecución de sus sentencias cuando éstas sean condenatorias para las Administraciones y no sean cumplidas por éstas, debiendo ser el cumplimiento real y efectivo, y no meramente formal⁶⁰.

De esta forma la Jurisdicción social, en cumplimiento por parte de la Administración de lo que le ordena el art. 44.3 de la LGP, vigilará que ésta ponga la diligencia debida en el cumplimiento de la sentencia, y caso de no haber asignación presupuestaria, deberá velar para que se apruebe el correspondiente crédito extraordinario dentro del plazo de los tres meses desde la notificación de la resolución judicial.

Si existiera crédito disponible, la Autoridad administrativa deberá ordenar el inmediato pago de la indemnización en el caso de extinción de un contrato celebrado en fraude de ley, convertido, por tanto, a indefinido.

Si la asignación presupuestaria existe, la autoridad administrativa debe pagar porque el art. 44.3 de la LGP, así se lo obliga, pues habla de "acordará el pago en la forma y con los límites del respectivo presupuesto". Es decir, que la norma adopta un cariz obligacional para el supuesto de existencia de asignación presupuestaria.

Si la autoridad laboral no accediera al inmediato pago en el supuesto anterior el Juez debería apereibir a la Administración pública del cumplimiento

⁶⁰ La S.T.Co 167/87, referida al Orden Contencioso Administrativo, que bien podría asimilarse al social, reafirma la necesidad de que los Tribunales garanticen el efectivo cumplimiento de sus sentencias, y no permiten por parte de los órganos administrativos la "insinceridad o desobediencia disimulada", por ello AROZAMENA en "Perspectivas de la Jurisdicción contencioso-administrativa". Escuela de Administración Pública de Cataluña, pág. 18 expone, con cita de resoluciones del T.Co., que con la afirmación de que el derecho a la ejecución es integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. La Administración no tiene una potestad de ejecución, sino un deber de ejecución. BERMEJO VERA, J.: "La tutela judicial del administrado", *El poder judicial*, vol. I, *Instituto de Estudios Fiscales*, 1983, pág. 672, en referencia a aquella sentencia se cuestiona si puede hablarse de tutela judicial efectiva cuando la ejecución de las sentencias depende de la propia administración, y señala que la respuesta no es fácil, aunque lo importante es que el fallo se cumpla, con compensación, en su caso, del daño sufrido.

inmediato, bajo apercibimiento de desobediencia (art. 410 C.P.) o denegación de auxilio a la Justicia (art. 412 C.P.).

Si la asignación presupuestaria no existe, entonces la Autoridad Judicial deberá vigilar el efectivo cumplimiento de los plazos para solicitar dicha asignación y su efectividad. El problema radica en si las Cortes no aprueban ese suplemento de crédito, obviamente la Autoridad Administrativa no podrá hacer efectivo el pago, y los Tribunales no podrán ordenar la ejecución efectiva de la sentencia, pues para estos casos la Ley no contempla nada, además de que ya no se trataría de ningún delito por no ser el poder legislativo (quien tiene que aprobar la extensión del crédito mencionado) ninguna autoridad, funcionario público ni subordinado del poder judicial, en los términos establecidos para los tipos penales de desobediencia y denegación de auxilio a la autoridad que antes hemos mencionado. No obstante, se impone una obligación de diligencia para con el funcionario o autoridad que tiene que efectuar el pago, para que apremie al máximo al órgano que tiene que aprobar la extensión del crédito⁶¹.

Esta prerrogativa de aplazar la ejecución de la sentencia aplicable a la Administración Central del Estado es predicable de la Administración Pública en general, así, las Comunidades autónomas tendrá su propia normativa que, en general, goza de las mismas prebendas que las previstas en la LGP para el Estado.

En el caso de las Corporaciones Locales, el art. 154.3 de la Ley 39/88, reguladora de las Haciendas locales, llega a unos límites exacerbados al prevenir que el cumplimiento de las resoluciones judiciales, que determinen obligaciones a cargo de las entidades locales o de sus organismos autónomos, corresponderá exclusivamente a las mismas, sin perjuicio de las facultades de suspensión e inexecución de sentencias previstas en las leyes.

Este precepto vulnera, claramente, en mi opinión, el principio de tutela judicial efectiva y es manifiestamente inconstitucional, porque si bien la LGP ordenaba, con matices, el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando existiera crédito suficiente, el cumplimiento en el caso de las Corporaciones Locales le corresponde exclusivamente a las mismas. Esto choca frontalmente

⁶¹ La exoneración, por tanto, sería clara, en aquellos supuestos en los que la Administración demuestra que ha realizado las gestiones oportunas para que en los presupuestos del correspondiente organismo apareciesen los créditos necesarios para el cumplimiento de la sentencia, no apreciándose ninguna voluntad obstaculizadora a dicho cumplimiento y estando todavía en el mismo ejercicio —y, a mi juicio, aún siendo ejercicio distinto—, en el que se ha generado el débito, como así entendió la S.T.Co de 16 de mayo de 1984 S. 61/84. Una actitud pasiva e irreverente con el cumplimiento de lo fallado por los órganos de la Administración supone, en opinión de la mayoría doctrinal, una burla a la tutela judicial efectiva por conculcar la titularidad de la potestad ejecutiva de las decisiones judiciales en manos de los jueces y Tribunales, abriéndose la vía de la indemnización de los daños y perjuicios. Por todos, PIÑEL LÓPEZ "El derecho a la tutela jurídica por los Tribunales de Justicia", *El poder Judicial*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, pág. 298.

con el art. 154.4 de la Ley 39/88 que contiene las mismas previsiones que la LGP, en el sentido de que si existiera crédito presupuestario se acordará (obligación) el pago y, en caso contrario, el pleno acordará dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la resolución judicial el suplemento de crédito.

Estas prevenciones, que en esencia coinciden con las de la LGP para deudas estatales, son aderezadas en favor del trabajador al servicio de la Administración Pública en el sentido de que el art. 168 de la Ley de Haciendas Locales recoge la prioridad de pago de gastos de personal y de las obligaciones contraídas en ejercicios anteriores, y obviamente el pago de indemnizaciones por despido improcedente derivado de fraude de ley en la contratación temporal supone un gasto de personal, y, por tanto, tendrá, por imperativa legal prioridad en el pago.

No obstante, creo que el art. 154.4, y el art. 168 deben ser matizados, y siempre mientras el Tribunal Constitucional no se pronunciase al respecto, con el art. 154,3 al corresponder "*exclusivamente a las mismas el cumplimiento de las resoluciones judiciales*"⁶².

Otra singularidad relativa a la ejecución de las sentencias contra la Administración Pública en pago de indemnizaciones por extinciones contractuales de contratos celebrados en fraude de Ley lo constituye el pago de intereses. Transcurridos tres meses desde la notificación de la sentencia, sin haber efectuado el pago de la cantidad debida, el trabajador podrá exigir intereses desde el momento que reclame por escrito el cumplimiento de la obligación (art. 45 de L.G.P)⁶³.

⁶² En este sentido Vid. CARDONA TORRES J.: en "El personal Laboral en las corporaciones locales", Bosch 1989 pág. 8. Es necesario hacer constar que el carácter de Ente Público de las Corporaciones locales no les exime del cumplimiento de todas sus obligaciones como Empresa, pues aunque gozan de la inembargabilidad a la que estamos haciendo referencia, como derecho consagrado, por otro lado, en el art. 132.1 de la CE. y art. 4 de la Ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen Local, se impone asimismo el cumplimiento del ordenamiento jurídico, según establece el mandato de los artículos 9.1 y 118 de la CE, sin perjuicio de que, cuando ello suponga un carga económica para la Administración Pública, deban solicitarse los créditos habilitados, según los requisitos exigidos por las normas que regulan las finanzas públicas, de conformidad con el art. 5 de la mencionada Ley 7/1985.

⁶³ No puede concebirse que la pasividad de la Administración traiga como única consecuencia el pago de cantidad líquida en momento extemporáneo, dado que la falta de un cumplimiento inmediato, por adoptar un posicionamiento indiferente frente a tal incumplimiento, supone una violación del art. 24,1 de la CE. No se puede dar lugar a que el principio de legalidad presupuestaria deje de hecho sin contenido un derecho que la CE reconoce y garantiza lo que se produce si no se le repara al Administrado del daño en la demora en el cumplimiento, a través del pago de intereses. Vid; PERA VERDAGUER, F.: "La ejecución de sentencias contencioso-administrativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Documentación Administrativa* n° 209/1987, pág. 134, con cita de la S.T.C de 7 de junio de 1982 (recurso de amparo núm 234/1980) al resolver un supuesto de demora en el pago de cantidad líquida, por haber transcurrido más de cuatro

Esto podría enlazar con la devolución de la cuota diferencial negativa del impuesto sobre la renta de las personas físicas, en donde el abono de intereses se hace desde el momento que el sujeto pasivo los solicita por escrito una vez transcurrido el plazo de devolución, medida que, constituyendo un claro abuso administrativo obtuvo muchas críticas desde todos los sectores.

La Ley 66/97 de 30 de diciembre terminó con esta prebenda de la Administración al modificar el art. 100 de la extinta Ley 18/91 de impuesto sobre la renta de las personas físicas y devengándose, por tanto, intereses de forma automática una vez vencido el plazo de devolución. Esta medida que ha sido acogida de "lege ferenda" por el legislador no es aplicable curiosamente para supuestos de deudas declaradas judicialmente contra la Administración, que es el caso que nos ocupa, pues, como se ha puesto de manifiesto, el interés debe ser rogado todavía por escrito, un ejemplo más de la desigualdad a la que ven sometidos los trabajadores que soportan contratos en fraude de ley concertados por las Administraciones Públicas en relación con la empresa privada.

Un sector doctrinal⁶⁴ ha llegado a afirmar que, en resumen, la situación de los trabajadores de la Administración en materia de ejecución de sentencias no es radicalmente distinta con relación a trabajadores de la empresa privada, pues parece claro que las sentencias pueden y deben ejecutarse si así se solicita por existir posibilidades reales de ejecución.

No cabe duda de que radicalmente distintas son pocas cosas, siempre se encontrarán paralelismos, sobre todo cuando se trata de hacer cumplir lo ordenado por el poder judicial, por la protección constitucional que ello conlleva, pero, a mi juicio, tampoco cabe duda que la ejecución de sentencias de un trabajador que presta servicio para la Administración Pública, e impugna su contrato por estar concertado en fraude de ley, se encuentra en una situación, sino radicalmente, al menos bastante diferente, del que pretende ejecutar a la empresa privada, desde el momento que para ésta, sólo el pago puede enervar la ejecución, y ni siquiera la situación concursal del empresario dado el carácter, cuando menos, privilegiado que tiene el crédito procedente de la prestación laboral de servicios (Vid. art. 32 ET). En cambio, la Administración tiene multitud de excusas para enervar la ejecución desde el momento que sobre el trabajador pesa el serio impedimento de la inembargabilidad patrimonial frente a la Administración, con lo que inexorablemente el cumplimiento de la sentencia se hará irremediamente más lento si la Administración no paga, motu proprio, con independencia de aquel supuesto en el que carezca de presupuesto o sea inviable la extensión del crédito por falta de recursos, como puede suceder en una Corporación Local modesta.

años desde el momento de dictarse por el TS la sentencia cuya ejecución solicitan los recurrentes. Vid; igualmente ANDINO AXPE, L.F.: "El contencioso en la ejecución social, incidentes, intereses y costas" R.L. 15-16/1999, pág. 45.

⁶⁴ Vid. BLASCO PELLICER y ALFONSO MELLADO, op. cit. pág. 168.