

ACIERTOS Y DESACIERTOS DEL NUEVO RÉGIMEN DEL CONTRATO DE SERVICIOS EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

LEOPOLDO TOLIVAR ALAS
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

I. Introducción.—II. Refundición de los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios: la opción comunitaria y el abandono del modelo francés.—III. La ausencia de definición adecuada de los contratos de servicios como consecuencia de la falta de consolidación conceptual de estos contratos.—IV. Peligro por la supresión del principio de subsidiariedad del artículo 202 del TRLCAP.—V. La importante previsión respecto a los derechos de propiedad intelectual e industrial.—VI. La mención específica a la no adquisición de la condición de personal de la Administración a la finalización del contrato para evitar las pretensiones esgrimidas ante la jurisdicción social.—VII. El acertado otorgamiento de carácter básico a las previsiones de responsabilidad por defectos en los proyectos.—VIII. Conclusiones.

RESUMEN

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introduce ciertas novedades en el régimen jurídico de los anteriores contratos de consultoría y asistencia y los de servicios, algunas poco acertadas, como su propia definición, o más bien la ausencia de ella, la refundición de ambas figuras en una sola: «los contratos de servicios», o la desaparición del principio de subsidiariedad de estos contratos respecto del personal de la Administración; mientras que otras, la no adquisición por el contratista de la condición de personal de la Administración al término del contrato, por el contrario, se consideran positivas, como la mención expresa a los derechos de propiedad intelectual e industrial, o el carácter básico de las previsiones de responsabilidad por defecto de proyectos.

Palabras clave: contratos del sector público; servicios; innovaciones de la Ley 30/2007.

ABSTRACT

Law 30/2007, 30th October, about Contracts of the Public Sector, introduces a full range of innovations in the juridical regulation of the ancient contracts of consultancy and assistance and of those of services. Some of these new rules are certainly little succeeded, such as the very definition, or rather the lack of it; the fusion of both figures into one single category: «contracts of services»; or, in the end, the fading of the subsidiary nature of these contracts in relation to the staff of the Administration; the fact that the contractor does not acquire the condition of personnel of the Administration at the end of the contract. Nevertheless, others are estimated as being positive advances, like the plain reference to

intellectual and industrial property rights; or the essential nature of responsibility forecasts in case of faults in the projects.

Key words: contracts of the public sector; services; innovations of Law 30/2007.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente se ha aprobado la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que ha introducido algunas novedades importantes: la creación de un nuevo contrato, el de colaboración entre el sector público y el sector privado¹; la inclusión de nuevos procedimientos de selección del contratista, como es el diálogo competitivo; la existencia de un nuevo recurso administrativo en materia de contratos, etc.; no obstante, hemos optado por analizar las peculiaridades y modificaciones introducidas en el ahora denominado «contrato de servicios», que incorpora no sólo los contratos de servicios *stricto sensu* del texto anterior, sino también los antiguos contratos de consultoría y asistencia.

II. REFUNDICIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA Y LOS CONTRATOS DE SERVICIOS: LA OPCIÓN COMUNITARIA Y EL ABANDONO DEL MODELO FRANCÉS

En efecto, la Ley 30/2007 en cuanto a la tipología de contratos opta por abandonar el clásico modelo francés, del que el nuestro tomó esta figura contractual (más concretamente, de los denominados contratos de prestaciones intelectuales)², para seguir la clasificación que las Directivas han fijado al respecto³, en las que no se diferencia entre contratos de servicios y contratos de consultoría y asistencia⁴. Si bien es cierto que el sistema francés adopta las categorías europeas y, en concreto, los contratos de servicios, dentro de los mismos hace mención específica a los de prestaciones intelectuales.

¹ En relación con este nuevo contrato, véase M. C. CHINCHILLA MARÍN, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, núm. 132, 2006, págs. 609-644.

² En cuanto a este tipo contractual, véase especialmente F. MODERNE, «Les marches publiques de prestations intellectuelles», en *Collectivités Locales*, T. III, págs. 3703 y ss.

³ A este respecto, véase S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Unión Europea Aranzadi*, año XXX, núm. 2, págs. 15 y ss.

⁴ En relación con el origen francés de este tipo contractual, véase E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, Cívitas, Madrid, 2002, págs. 78-96.

Igualmente, esta norma, apartándose de nuestra tradición en materia contractual, altera la estructura de la Ley al hacerla girar en torno al criterio comunitario de la tipología contractual, la cuantía y el sujeto contratante para determinar el grado de sometimiento a los procedimientos de contratación establecidos en las Directivas, particularmente la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, dejando de girar esta norma sobre el contrato administrativo⁵, lo cual, como bien señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, no era necesario para el cumplimiento de dicha normativa europea —de hecho, el texto normativo anterior ya la cumplía—; es más, ello, unido al mantenimiento en la nueva Ley de la distinción entre contratos administrativos y contratos privados, hace que esta norma sea ciertamente compleja⁶, aunque el legislador finalmente no ha seguido esta indicación del citado órgano consultivo.

Si bien es cierto que en nada altera en cuanto al cumplimiento de la normativa comunitaria el cambio introducido, y que ya con la norma anterior ambos tipos contractuales tenían básicamente el mismo régimen jurídico, salvo alguna matización o peculiaridad concreta, precisamente por ello tampoco se comprende la necesidad de hacer desaparecer con tal denominación los contratos de consultoría y asistencia, que sin duda tienen alguna diferencia respecto de los contratos de servicios, como es su característica principal, es de-

⁵ En general, en cuanto al contrato administrativo, véase S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El contrato administrativo*, Cívitas, Madrid, 2003.

⁶ Así, en el punto VII de dicho Dictamen, relativo a la estructura del entonces anteproyecto, el Consejo de Estado, tras destacar alguno de los inconvenientes de la misma, afirma que: «Todo lo anterior lleva a sugerir la conveniencia de un replanteamiento de la estructura del anteproyecto. Debería hacerse un esfuerzo por encontrar una sistemática de aquel que, dando respuesta a los objetivos pretendidos y expresados por el Departamento proponente, no diese lugar en cambio a los inconvenientes que presenta la estructura proyectada. Debe tenerse en cuenta, además, que la transposición de la Directiva 2004/18/CE y la introducción de los criterios subjetivos de aplicación del Derecho comunitario no conducen forzosamente a una estructuración de la ley tal y como la que pretende el anteproyecto». Continúa, además, el Consejo de Estado proponiendo lo que considera sería una adecuada estructura; así, entiende que, en primer lugar y de forma completa, los contratos de las Administraciones públicas, tanto en la parte general como en relación a cada uno de los contratos; en un segundo momento, y con referencia a esa regulación troncal, se regularían los contratos de los demás poderes públicos adjudicadores; y a continuación regular, también con referencia a esa regulación troncal, la contratación de los demás entes que forman parte del sector público; así, en el título preliminar se contendrían las normas relativas a la definición de un ámbito subjetivo de aplicación amplio y las demás de aplicación general que se prevén en el anteproyecto, lo que estima este órgano consultivo supondría una reelaboración de la Ley que ganaría en claridad sin perder su contenido y que facilitaría su utilización.

cir, su carácter intelectual y todo lo que ello condiciona a los mismos en todas sus fases: actuaciones preparatorias, selección del contratista, cumplimiento del contrato, poder de dirección, derechos de propiedad intelectual o industrial, cesión o subcontratación, etc.⁷.

De hecho, como se verá a continuación, esto es una muestra más de la inexistencia de una delimitación y consolidación clara de estos contratos, que los mismos arrastran desde sus comienzos tardíos y que se ha plasmado igualmente en la inexistencia de una definición clara de los nuevos contratos de servicios.

Igualmente, y aunque es cierto que no siempre con la normativa hasta ahora vigente ha sido sencilla la distinción y delimitación entre ambos tipos contractuales en algún caso concreto (contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios), incluso en el propio texto legal, ello tampoco parece ser la razón que ha llevado al legislador a su refundición.

En efecto, estos problemas de delimitación entre los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios, que en la práctica pueden justificarse en que en ocasiones el elemento material y el intelectual confluyen en una misma actividad, se hacían extensivos también a la propia norma, ya que el contenido de alguno de los contratos que en la Ley anterior se calificaban como servicios es el propio de una consultoría y asistencia, como sucedía, a nuestro juicio, con los contratos de servicios jurídicos y los de programa de ordenador a medida.

En el primer caso, los servicios jurídicos, al menos en su faceta de asesoramiento, no se diferencian de la elaboración de un informe de cualquier otro sector técnico, y si la otra vertiente que supone la defensa y representación en juicio presenta más dudas, como ya ha advertido el Profesor SAINZ MORENO⁸, podría haberse procedido a la separación de ambas, como ocurre en Francia.

En el segundo supuesto, los programas de ordenador a medida, sucede algo similar, ya que se trata de una actividad intelectual aunque tenga una concreción material, al igual que cualquier proyecto que también cuenta con un soporte físico donde plasmarse, y es desarrollada por un profesional contratado por su titulación académica. Además, el hecho de que sea a medida y que pueda ser utilizado libre-

⁷ Cuestiones todas ellas de las que ya nos hemos hecho eco en E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, *op. cit.*

⁸ Así lo pone de manifiesto en F. SAINZ MORENO, «Los temas objeto de debate en la nueva Ley», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Cívitas, Madrid, 1996, págs. 104-105.

mente por la Administración demuestra que no se trata de programas estándar, sino de la creación específica de aquel que encarga el ente público en atención a sus necesidades concretas. Lo determinante para calificar un programa de ordenador como consultoría y asistencia o servicio debería ser el grado de creación aportada por el contratista, como se hace en el sistema francés.

Con estos dos sencillos ejemplos se pone de manifiesto que el legislador realmente nunca llegó a determinar con claridad los contornos y el contenido exacto de los contratos de consultoría y asistencia, que, al igual que por su elemento intelectual, se han venido caracterizando por la variedad de prestaciones que amparan.

No obstante, esta posible confusión con otros tipos contractuales no se limita a los contratos de servicios, con los que se ha refundido conforme a la nueva Ley, sino también con otros; clara muestra de ello son los desaparecidos contratos para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, suprimidos por la Ley 53/1999, precisamente porque no existía diferencia entre ellos y los de consultoría y asistencia y pasando a integrarse en los mismos⁹.

Por todo ello, la unificación de los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios de la normativa anterior responde no sólo al seguimiento fiel de la clasificación efectuada por el Derecho comunitario, alejándose de nuestra tradición, sino que pone también de manifiesto una vez más la carencia de una consolidación, especialmente conceptual, de estos contratos, tal y como seguidamente se expondrá y que continúa con la Ley 30/2007.

III. LA AUSENCIA DE DEFINICIÓN ADECUADA DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE CONSOLIDACIÓN CONCEPTUAL DE ESTOS CONTRATOS

Como se acaba de apuntar, otra de las cuestiones a destacar es que la nueva Ley, en su artículo 10, define los contratos de servicios como aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. Es decir, realmente poco aporta esta definición, más que especificar que las prestaciones son de hacer,

⁹ En relación con ese tipo contractual desaparecido, véase M.^a P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «Los contratos administrativos para trabajos específicos: Naturaleza, régimen jurídico, delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado», *Temas Laborales*, núm. 41, 1996.

no de entrega de bienes o productos, lo que les diferencia ya de las obras y suministros, y que pueden ser de resultado o de actividad, por ejemplo entrega de un informe jurídico o defensa en juicio. Concluye esta definición por exclusión de las obras y suministros, sin mencionar la gestión de servicios públicos, la concesión de obra pública ni el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado.

Si bien qué es lo que se incluye dentro de este tipo contractual se concreta en el Anexo II (equiparable al art. 206 del TRLCAP), al que el propio artículo 10 se remite y en el que se enumeran las distintas prestaciones, lo cierto es que se echa de menos una definición más concreta y no por exclusión, que nuevamente pone de relieve esa falta de identidad y consolidación de este contrato.

Así, ya en su momento definimos los contratos de consultoría y asistencia como aquellos a los que recurre la Administración para hacer frente a ciertas carencias internas de medios personales, para la realización de estudios y actividades de marcado talante intelectual, que requieren una gran cualificación del contratista, y que normalmente son previas a una posterior actuación de autoridad del ente público. Recuérdese que la diferencia fundamental con los contratos de servicios era precisamente el carácter intelectual de los de consultoría frente al material de los de servicios¹⁰.

Ya en su momento tratamos de explicar la deficiencia que impregna su concepción y, en consecuencia, la dificultad de delimitarla respecto de otras figuras propias de esta rama del Derecho, pero también de otras disciplinas como el Derecho civil, el laboral o el mercantil. Tal explicación necesariamente parte de la evolución histórica de esta figura y de los posibles contenidos que engloba¹¹.

Una de estas causas se encuentra en su nacimiento dentro de los contratos administrativos. Así, si el principal objetivo que se le presenta al Derecho es su adecuación dinámica a la realidad social a la que sirve, lo que provoca que éste vaya siempre por detrás de ella, en este caso concreto la respuesta ha sido excesivamente lenta y tardía, puesto que la gestación normativa de estos contratos se ha distanciado temporalmente en exceso del nacimiento real de las necesidades a que da respuesta.

La Administración, desde sus comienzos pero cada vez en mayor medida, ha venido observando cómo le resulta imposible hacer frente a todas sus obligaciones por medio del personal del que dispone; es

¹⁰ F. VELÁZQUEZ CURBELO, *Manual práctico de contratación administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 28.

¹¹ E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, op. cit., primera parte.

entonces cuando recurre a la vía externa que le brinda la contratación, creando en el caso español y el francés los contratos administrativos como institución propia de este Derecho¹².

Estos primeros esfuerzos se centraron en los contratos de obras y servicios públicos, donde el interés general perseguido se hacía fácilmente perceptible. Sin embargo, no todas las necesidades se referían a la realización directa de una actuación de la Administración, en la que normalmente ejerce su autoridad; muy al contrario, ésta pronto comprobó que algunas de esas carencias se debían a la falta de los medios personales adecuados para las fases previas a su actuación, en ocasiones por la complejidad técnica y especializada de la actividad a desarrollar. Aunque en principio no dio respuesta a las mismas mediante la creación de una figura contractual específica de Derecho administrativo, como en los casos anteriores, sino por otras vías, especialmente la contratación privada y, particularmente, los contratos de arrendamientos de servicios y obras del Derecho civil¹³.

Por ello, inexplicablemente, a pesar de que el reconocimiento de los contratos administrativos ya había comenzado con la Ley de la Jurisdicción de 2 de abril de 1845, aunque sólo desde el punto de vista de su control jurisdiccional¹⁴, no es hasta más de un siglo después cuando se inicia el primer paso en el modesto reconocimiento del primigenio antecedente administrativo de los hasta ahora contratos de consultoría y asistencia —hoy de servicios—, a través de autorizaciones a los Ministerios de Obras Públicas y de Agricultura¹⁵ para concertar directamente por razones de urgencia los servicios de técnicos para el estudio de proyectos de la competencia de dichos Departamentos¹⁶, hasta llegar a la regulación de los mismos

¹² De hecho, los contratos de estudios y, por tanto, de prestaciones intelectuales del Derecho francés eran definidos en el artículo 106 del anterior CMP de 17 de julio de 1964, y vigente hasta septiembre de 2001, como aquellos que la Administración no puede ejecutar por sus propios medios y que son necesarios. El vigente CMP es de 2006, en el que se adopta la Directiva 2004/18/CE.

¹³ Como han señalado, entre otros, A. DORREGO DE CARLOS y C. GUTIÉRREZ VICÉN, «Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración», en *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Praxis, Barcelona, 1995, págs. 728-729. Y lo cual ha llevado a la dificultad de diferenciación en algún caso concreto, como puso de manifiesto el TS en sentencias como la de 18 de abril de 1988 (Ar. 3089) o la de 10 de febrero de 1997 (Ar. 1867).

¹⁴ Respecto a los orígenes de los contratos administrativos, véase R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho Español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1963.

¹⁵ El año 1963 por el Decreto 1329/1962, de 14 de junio.

¹⁶ Con la limitación temporal del 31 de diciembre de 1963, que se prorrogó por el Decreto 494/1964, de 27 de febrero, hasta el 31 de diciembre de 1964, y por el Decreto 4130/1964, de 24 de diciembre, hasta el 31 de diciembre de 1965.

como contratos de estudios y servicios que celebre la Administración con empresas consultoras, por medio del Decreto 916/1968, de 4 de abril¹⁷.

Este reconocimiento repentino tras tantos años de silencio se comprende desde el punto de vista histórico, social y económico. Y es que en los años sesenta se adapta en España el modelo francés de la planificación económica de la posguerra, que en el país vecino había llevado, en primer lugar, a la creación de los contratos de estudios y, posteriormente, a los contratos públicos de prestaciones intelectuales, por medio de los cuales se trataba de fomentar el desarrollo industrial y la investigación en diversos sectores, orientando de este modo la actividad empresarial hacia ámbitos cada vez más especializados en los que el Estado tiene interés. Estos contratos fueron importados por nuestro Derecho, dando lugar a los anteriores contratos de consultoría y asistencia, hoy de servicios.

Este comienzo legal, tardío y discreto, ha marcado el posterior desarrollo normativo de los contratos aquí estudiados, de tal forma que la tónica general ha sido una dedicación escasa a los mismos, tanto en el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, que pasó a denominarlos como contratos de asistencia que celebre la Administración y sus organismos autónomos con empresas consultoras y de servicios, como en sus sucesivas reformas hasta el reconocimiento como contrato nominado en la Ley de Contratos de 1995. Recuérdesse también que en la Ley de Contratos del Estado de 1965 no se hacía mención alguna a estos contratos, lo que llevaba además a la duda sobre su carácter administrativo o privado, ya que resultaba difícil encajarlos en los contratos especiales del artículo 4.2 de dicho texto legal¹⁸.

Esta circunstancia se constata también en la reforma sufrida en esta materia en 1999 y que dio lugar al TR del 2000, ya que en ella se asume implícitamente la deficiencia existente en su concepción y delimitación, principalmente por el hecho de haber incluido los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración dentro de los de consultoría y asistencia, como ya se ha señalado, ya que, como la propia Exposición de Motivos reconoce, ambas figuras dan respuesta a unas mismas necesida-

¹⁷ Así, a través de este Decreto se regulan estos contratos y sin llevarse a cabo con meras autorizaciones, como ha destacado P. GARCÍA ORTEGA, *Manual de contratos del Estado*, op. cit., pág. 291.

¹⁸ Como ya se ha tenido ocasión de poner de relieve en L. TOLIVAR ALAS, «De los contratos de consultoría y asistencia; de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.^a ed., CEDECS, Barcelona, 1996, pág. 211.

des¹⁹. Estas carencias legislativas también se ponen de manifiesto en la mencionada reforma de 1999 al calificar como privados algunos contratos que con la anterior normativa pertenecían a esta categoría o a la de servicios, como ocurrió con los contratos bancarios, de seguros e inversiones, y especialmente con los de creación artística, literaria y de espectáculos.

El segundo aspecto que contribuye a la falta de una adecuada concepción y, por consiguiente, delimitación de estos contratos es la amplitud de su objeto, con la única nota en común de su carácter intelectual, hoy difuminada al unirse a los de servicios.

De este modo, la Ley anterior comenzaba por definir a los contratos de consultoría y asistencia por medio de la enumeración de alguno de sus posibles contenidos, pero, dado que su amplitud no permite reflejarlos todos, finaliza con una cláusula residual que se refiere al carácter intelectual de su objeto y, tras la última reforma que dicha norma sufrió, también a la preparación académica o técnica del contratista. A pesar del avance que supuso retomar el criterio subjetivo, esta configuración siguió siendo poco precisa como consecuencia de la diversidad de objetos. Esto se agrava además por el tipo de sectores en que se desarrollan, ya que dado su aspecto intelectual y creativo se encuentran aún en plena expansión y desarrollo y el actual estado evolutivo de las tecnologías no permite anticipar con seguridad cuáles serán las necesidades futuras de la Administración.

Y por lo que respecta a los contratos de servicios del TRLCAP, hoy englobados junto con los anteriores en la misma figura, el artículo 196.3 del texto del 2000 comienza definiéndolos por exclusión de los contratos de consultoría y asistencia, tras hablar del carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, para finalizar con la enumeración de algún supuesto concreto como el mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de equipos e instalaciones o la realización de encuestas, entre otros, y destacando la mención ya analizada a los programas de ordenador a medida; todo lo cual pone de manifiesto la necesidad nuevamente de una definición clara con mención a sus características o elementos propios de los mismos.

Sin duda, si ya con la normativa anterior resultaba difícil fijar los perfiles precisos del contrato de consultoría y asistencia, así como los propios de los servicios, hoy al refundirse esta posibilidad se compli-

¹⁹ *Ibidem*, págs. 217-218.

ca aún más, especialmente si se tiene en cuenta el escaso, por no decir que del todo carente, esfuerzo del legislador por ofrecer una definición de los mismos, más allá de su enumeración en el citado Anexo II de la Ley 30/2007, que, como ya se ha mencionado, es prácticamente idéntico al artículo 206 del TRLCAP, en el que se enumeraban las categorías de contratos de consultoría y asistencia y de servicios a efectos de la correspondiente publicidad comunitaria, puesto que, como ya se ha dicho, ambos compartían ya en gran medida un mismo régimen en la normativa anterior.

Además, si esta ausencia de nitidez respecto de todos y cada uno de los supuestos que podían encajar en los antiguos contratos de consultoría y asistencia se veía incrementada con lo poco acertado de su denominación, puesto que ya que la única nota que sin duda es definitiva de todas las posibles prestaciones es su carácter intelectual, se echaba en falta una alusión a la misma en su *nomen iuris*, como ocurre en el sistema francés, donde el término contratos públicos de prestaciones intelectuales²⁰ dentro de los de servicios es mucho más representativo que el español para saber qué comprenden realmente —puesto que, como ya dijera DUGUIT, en el Derecho, y en concreto en la materia contractual, es fundamental la terminología y que se emplee la misma palabra para designar las mismas cosas y palabras distintas para cosas diferentes—, y otro tanto de lo mismo cabe decir respecto de la deficiente definición de los contratos de servicios en el TRLCAP; es evidente que la nueva Ley se aleja aún más del objetivo de una definición adecuada de esta figura, que sin duda puede adelantarse que posiblemente éste no sea el último cambio que se realice respecto a la denominación y concepto de estos contratos, que parecen aún no haberse consolidado, al menos en este aspecto tan básico y esencial como es su propia definición.

Al menos, la Ley 30/2007 podría haber hecho referencia a su carácter instrumental²¹, que es algo común a las dos categorías que se unen ahora bajo los contratos de servicios, o que son aquellos a los que recurre la Administración para hacer frente a ciertas carencias internas de medios personales y que normalmente son previas a una posterior actuación de autoridad del ente público²², y que pueden in-

²⁰ Véase, en cuanto a la definición de estos contratos, G. DOMERGUE, *Les marchés publics de prestations intellectuelles*, Ed. LGDJ, París, 1992, págs. 30 y ss.

²¹ Pues, como ha señalado F. VELÁZQUEZ CURBELO, *Manual práctico de contratación administrativa*, *op. cit.*, pág. 29, en estos contratos el contratista presta unos servicios para satisfacer necesidades internas de la Administración y no directamente al ciudadano.

²² Como igualmente han advertido A. DORREGO DE CARLOS y C. GUTIÉRREZ VICÉN, «Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración», *op. cit.*, págs. 760-761.

cluir tanto actividades de carácter intelectual como de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, así como que responden a necesidades puntuales, pues de otro modo debería acudir a la correspondiente previsión de un puesto determinado en la plantilla; ya que de lo que no cabe duda es que esa definición por exclusión de los contratos de obras y suministros es del todo inadecuada e insuficiente.

IV. PELIGRO POR LA SUPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DEL ARTÍCULO 202 DEL TRLCAP

Precisamente, si la variedad de contenidos es una de las causas de la deficiente concepción y delimitación de esta figura, esta situación conlleva a su vez consecuencias poco deseadas, fundamentalmente la dificultad de distinción con otras figuras.

Así, la primera duda surge en relación con el propio personal de la Administración, fundamentalmente porque a través de estos contratos también se presta un servicio a la Administración y no directamente al ciudadano, como ya se ha dicho; esto se debe a su carácter instrumental. La solución se encontraba hasta la reciente Ley en el principio de subsidiariedad que se recogía en el artículo 202 del TR de la LCAP, ya que era necesario incorporar al expediente un informe justificando debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliar los medios de los que dispone la Administración para cubrir esas necesidades.

Sin embargo, la nueva Ley de 2007 no incorpora, inexplicablemente, esta mención, probablemente no tanto por su deseo de suprimir esta previsión, que supone una verdadera garantía que además entra dentro de la lógica de los contratos administrativos, y particularmente de contratos de carácter instrumental como éstos, pues lo normal es que se acuda a la contratación externa cuando se carece de personal adecuado o suficiente para dichas labores y no en otro caso; sino probablemente porque la compleja estructura de esta norma ha llevado a este olvido, pues en el Libro II: «Preparación de los contratos», y más particularmente en el Capítulo II: «Normas especiales para la prelación de determinados contratos», del Título I, no se incluye mención específica alguna respecto de los contratos de servicios, obviando de este modo esa precisión que sí se recogía para estos contratos en la norma anterior.

Y aunque pudiera parecer que es una cuestión nimia, lo cierto es que una interpretación interesada de dicha supresión podría llevar a

entender que la Administración puede recurrir a este tipo de contratos aun teniendo personal suficiente y cualificado en su plantilla, lo que supone un riesgo innecesario e injustificado, pues contradice el sentido mismo con el que surgieron estos contratos²³.

V. LA IMPORTANTE PREVISIÓN RESPECTO A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Si hasta ahora se han puesto de manifiesto algunas de las novedades de la Ley que por diversas razones no se consideran correctas, por el contrario, en este epígrafe se hablará de ciertos cambios que sí consideramos adecuados y que, de hecho, corrigen algunas deficiencias que ya en su momento tratamos de poner de manifiesto²⁴.

Así, uno de los problemas que en alguna ocasión se ha planteado es el referente a los derechos de propiedad intelectual e industrial, propios precisamente de los antiguos contratos de consultoría y asistencia —dado su carácter intelectual—, pues aunque lo normal será que este extremo se fije en el pliego de cláusulas particulares, lo cierto es que de no hacerse la norma anterior nada clarificaba al respecto, y a salvo de alguna mención recogida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de estudios y servicios técnicos, de 8 de marzo de 1972²⁵ —a diferencia de Francia, en cuyas CCAG/MI y CCAG/PI (*Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés Industriels* y de *Prestations Intellectuelles*, respectivamente) se

²³ L. TOLIVAR ALAS, «De los contratos de consultoría y asistencia; de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, *op. cit.*, pág. 213.

²⁴ L. TOLIVAR ALAS, «De los contratos de consultoría y asistencia; de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, *op. cit.*, y E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, *op. cit.*

²⁵ En efecto, es en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de estudios y servicios técnicos, de 8 de marzo de 1972, y en concreto en las Cláusulas 16 a 18, donde se hace mención a la propiedad intelectual e industrial, y concretamente de la Cláusula 17 sólo puede deducirse que la propiedad de los trabajos la adquiere la Administración, mientras que el contratista tiene prohibida la utilización para sí y para terceros de dato alguno de los trabajos, así como su publicación total o parcial, salvo con autorización escrita de la Administración. Pues dice literalmente: «Propiedad de los trabajos realizados: Los trabajos que se realicen en cualquiera de sus fases serán propiedad de la Administración, y ésta, en su consecuencia, podrá recabar en cualquier momento las entregas de parte del estudio o servicio realizado, siempre que sea compatible con el programa definitivo de elaboración y no afecte al correcto desarrollo de los trabajos. El Consultor no podrá utilizar para sí ni proporcionar a terceros dato alguno de los trabajos contratados ni publicar, total o parcialmente, el contenido de los mismos sin autorización escrita de la Administración. En todo caso el Consultor será responsable de los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de esta obligación».

precisa todo lujo de detalles al respecto—²⁶, podría suceder, y en alguna ocasión así ha sido, que el contratista pretendiese ser el propietario de esos derechos, cuando lo lógico, como hoy lo reclama la Ley, es que sea la Administración contratante la que adquiriera los mismos, o de otro modo incluso podría llegarse a situaciones paradójicas.

En efecto, decimos que es ilógico porque este argumento podría llevar a que cuando un profesional redacta el borrador de una norma se cree con derechos sobre la misma, y entonces podrían darse problemas tan absurdos como pensar que en la tramitación de dicha norma las modificaciones o enmiendas que se pudieran introducir afectan a los derechos de propiedad intelectual del redactor del borrador de la misma, o que para su desarrollo sea preciso que se otorgue el consentimiento del autor; piénsese en una ley cuyo reglamento de desarrollo tuviese que ser consentido por el redactor del borrador del anteproyecto, que, como muy bien es sabido, no siempre además coincide con lo finalmente aprobado en las Cortes o por la correspondiente Administración; recuérdese además que su carácter instrumental implica que el resultado sea adquirido por la Administración, quien lo manejará como mejor le convenga, e incluso puede no utilizarlo de forma alguna.

Aunque para el caso concreto expuesto, y con buen criterio, el Texto Refundido de la Ley sobre Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, precisamente en su artículo 13, excluye tales derechos de propiedad intelectual en casos como el presente.

Pues señala taxativamente que:

«No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores».

Por ello resulta muy apropiada la previsión incluida en el artículo 277.2 de la Ley 30/2007, al precisar que

«salvo que se disponga otra cosa en el pliego de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los con-

²⁶ Tal y como ha estudiado F. MODERNE, «Les marchés publics de prestations intellectuelles», *loc. cit.*, págs. 3705/13-14.

tratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público a que se refiere el artículo 3.1».

Lo cual es del todo lógico, o ¿acaso la Administración no va a poder utilizar como mejor considere un estudio, proyecto, informe, dictamen, etc., que ha encargado y contratado? Aunque también es cierto que no todos los supuestos incluidos en esta categoría contractual son similares a este respecto, pues no es lo mismo un proyecto de obra de un arquitecto que una clase de arte; de ahí que Francia establezca en relación con estos derechos tres tipos de opciones: A, B y C, distintas.

Sin olvidar además que de otro modo, y como en alguna ocasión ha sucedido con la normativa anterior, podía el contratista intentar alegar dichos derechos para ser el adjudicatario de otro contrato por el que se encargue el desarrollo de la norma, el proyecto, plan, etc. —objeto del primero—, por vía del procedimiento negociado sin publicidad del artículo 210.b) del texto normativo anterior y el actual artículo²⁷, lo que, en nuestra opinión, no es otra cosa que la forma de instrumentar un fraude de ley, pues lo que se podría conseguir con ella es una aplicación indebida del artículo 210.b) TRLCAP que vulnera los principios de concurrencia y publicidad en la contratación pública previstos en la normativa española y comunitaria.

VI. LA MENCIÓN ESPECÍFICA A LA NO ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO PARA EVITAR LAS PRETENSIONES ESGRIMIDAS ANTE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Otra de las previsiones destacables y que en cierto modo responde a uno de los problemas que se han planteado desde antiguo con estos contratos, aunque no creemos que con este precepto se vaya a solu-

²⁷ Recuérdesse que ambos preceptos permiten acudir a este procedimiento: «Cuando por razones técnicas o artísticas o relacionadas con la protección de derechos exclusivos tan sólo pueda encomendarse el objeto del contrato a un único empresario».

cionar, es la que se recoge en el artículo 277.4 de la Ley 30/2007, pues precisa que

«a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante».

Como ya se ha apuntado, esta previsión trata de dar respuesta —aunque no lo conseguirá— a uno de los problemas que, a nuestro juicio, es de los más importantes que respecto a los contratos de consultoría y asistencia, así como los de servicios, en el texto anterior, se ha producido y que ha dado lugar incluso a una doctrina específica de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como ya tuvimos ocasión de estudiar en otro momento²⁸.

Así, y una vez constatadas —en los epígrafes anteriores— las causas que han dado lugar al estado actual de esta figura y alguna de sus consecuencias en el seno del propio Derecho administrativo, se hace necesario aludir a otra serie de problemas que superan las fronteras de esta rama del Derecho para centrarse en la contratación privada.

En efecto, la falta de límites precisos, ya mencionada, también provoca equívocos con otros contratos propios del Derecho privado, lo cual se explica principalmente porque en tales contratos privados está el origen de las actuales figuras administrativas²⁹.

No cabe duda de que los contratos administrativos del anterior TR de la LCAP y de la nueva Ley 30/2007, tanto nominados como especiales, lo son porque la Ley así los ha considerado. Sin embargo, la experiencia demuestra que la Administración para hacer frente a sus necesidades internas, especialmente de tipo intelectual, ha venido utilizando en ocasiones los contratos administrativos de consultoría y asistencia —hoy lo hará con los contratos de servicios—, pero en otras ha optado —y es previsible que lo siga haciendo— por figuras propias del Derecho privado.

Ante esta evidencia, que puede ser de mayor o menor agrado, se hace necesario verificar si estos contratos privados, que aparentemente sirven para dar respuesta a las mismas necesidades que lo que

²⁸ E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, op. cit., págs. 291-360.

²⁹ Como así afirma S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, 2.^a ed., Cívitas, Madrid, 1996, págs. 100-103, que explica cómo partiendo de los contratos civiles se van formando los administrativos.

serían hoy los contratos de servicios, realmente coinciden con ellos desde el punto de vista del objeto y del contratista que lo desarrolla o, por el contrario, esta concomitancia no es tal. Y dado que ya en su momento pudimos constatar que, en efecto, a través de estas distintas figuras se puede dar respuesta a unas mismas necesidades y que sus prestaciones son equiparables³⁰, es procedente limitarnos aquí a centrarnos en el problema que ello genera en cuanto a la contratación laboral, problema que probablemente trata de atajar el citado precepto de la nueva Ley, y aunque previsiblemente no será así, pero al menos pone de manifiesto la existencia del problema.

Así, confirmada su homogeneidad, deberá averiguarse si la Administración es libre para elegir entre unos y otros o, por el contrario, existe alguna preferencia en dicha elección. Por tanto, se trata de conocer su empleo en la práctica y sus posibilidades respecto de otros contratos privados: civiles, mercantiles y, especialmente, laborales, equivalentes y de los que también hace uso la Administración.

De esta forma es preciso partir de afirmar que este problema se plantea respecto de la contratación laboral, incluso con mayor intensidad y frecuencia que en el resto de sectores —como el civil o el mercantil—, como ponen de manifiesto la práctica, la jurisprudencia y la doctrina laboralista, que han dedicado importantes esfuerzos al estudio del empleo indiscriminado por la Administración de los contratos laborales de carácter temporal para obra o servicio determinado del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y los administrativos hasta ahora de consultoría y asistencia y los de servicios, así como los contratos para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, ya desaparecidos con la reforma de 1999.

Sin embargo, en relación con la contratación laboral, los criterios empleados respecto del ámbito civil y mercantil y las afirmaciones que al respecto ya tuvimos ocasión de exponer³¹ deben adquirir un matiz diverso, puesto que en este caso el personal contratado se integra dentro de la organización de la Administración. Además, la contratación laboral es uno de los medios recogidos por el propio Derecho administrativo para cubrir las necesidades de personal de los entes públicos.

En efecto, la opción del legislador fue admitir la contratación laboral en la Administración junto al sistema funcionarial. Sin embargo, la Ley 30/2007, al igual que la normativa anterior, reconoce la con-

³⁰ E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, op. cit., págs. 193-380.

³¹ *Idem.*

tratación laboral, precisamente para excluirla de su ámbito de aplicación, sin ofrecer tampoco un criterio de elección entre ambos tipos de figuras.

Además, esta posibilidad que se le brinda a la Administración de recurrir a la contratación laboral de carácter temporal para actividades en que se requieren conocimientos técnicos especializados, equivalentes a los hoy contratos de servicios, es reconocida también y de forma expresa en una norma propia del Derecho administrativo, como es el artículo 15 de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública (Ley 30/1984) y también hoy el artículo 8.2.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril.

Por lo tanto, el propio Derecho administrativo reconoce la doble posibilidad de recurrir en estos casos a la contratación administrativa y a la laboral, sin aparente preferencia por ninguna de ellas.

No obstante, y tras las breves aclaraciones previas necesarias para centrar la cuestión, debe destacarse que el problema se ha venido planteando en la práctica normalmente cuando el contratado reclama el carácter laboral de su relación, como consecuencia, en muchas ocasiones, de irregularidades en dicha contratación, a veces con ánimo de defraudar por parte del ente público.

En este caso debía probarse la laboralidad que se persigue, ya que en el campo administrativo no puede partirse de la presunción del carácter laboral del contrato que se recoge en el artículo 8 del ET, como ha establecido ya sin ninguna duda el TS. Y era precisamente en ese momento cuando podía buscarse alguna diferencia entre los citados contratos laborales de carácter temporal y lo que hoy serían los contratos de servicios, aunque esto no siempre es fácil.

Básicamente y casi de forma exclusiva pueden aducirse dos aspectos: uno, inconfundible, como es que la contratación laboral sólo puede llevarse a cabo con personas físicas, mientras que sus homónimos administrativos pueden concertarse también con personas jurídicas. De otro lado, y aunque de forma más dudosa, deberán analizarse las condiciones en que se desarrollan las prestaciones contratadas, buscando en ellas indicios del carácter laboral del contrato, para lo que será necesario demostrar que las peculiaridades del modo en que debe desarrollarse la actividad hacen que ésta deba necesariamente realizarse bajo las condiciones propias de una relación laboral.

Hoy, sin duda, con la previsión contenida en el artículo 277.4 de la Ley 30/2007 se trata de frenar esas intenciones por parte de quien ha sido beneficiario de un contrato de servicios de, por su similitud con la contratación laboral, especialmente por el carácter instrumen-

tal de estos contratos ya mencionado, pretender consolidarse como personal de la Administración contratante; lo que, por un lado, confirma nuestra teoría, expuesta ya hace algún tiempo³², de la coincidencia de objeto entre este contrato y otros propios en este caso del ámbito del Derecho laboral, pero, de otro, a nuestro juicio, y al margen de constatar cuál sea la respuesta que de ahora en adelante ofrezcan los Tribunales, dudamos que la Sala de lo Social del TS no siga concediendo en algunos casos, por lo demás justificados, la razón a algunos reclamantes, especialmente cuando se trata de una contratación fraudulenta; por ejemplo, a través de sucesivos contratos que enmascaran realmente la necesidad indefinida o, más bien, la conveniencia de la creación en la plantilla del correspondiente puesto.

Y no sólo por el carácter tuitivo del Derecho laboral, sino porque además es evidente que la previsión contenida en el artículo 277.4 de la nueva Ley no puede permitir ni amparar una contratación fraudulenta por parte de la Administración, problema éste que seguidamente pasamos a exponer brevemente, pues, como ya se ha adelantado, ha sido un tema reiteradamente presentado ante la jurisdicción social y que ha dado lugar a una importante y consolidada doctrina del TS, que difícilmente será alterada por lo dispuesto en el artículo 277.4 de la Ley 30/2007.

Además, dicho precepto de la nueva Ley se refiere al contratista de un contrato de servicios y desde el momento en que se considere por los Tribunales que el caso concreto enmascara realmente un contrato laboral ya no sería de aplicación ese artículo 277.4.

En efecto, una de las mayores preocupaciones de la doctrina laboralista es el empleo fraudulento de estas figuras por parte de la Administración, y no porque dichas prácticas sean exclusivas del sector público, sino más bien porque las consecuencias de las mismas en este ámbito no se pueden equiparar a las del sector privado, ya que por sus peculiaridades estos supuestos constituyen, una vez más, una singular aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración³³.

Este posible fraude se da preferentemente en aquellos casos en que un ente público efectúa sucesivos contratos laborales de carácter temporal para la realización de tareas que realmente no se comprenden dentro de las de esta tipología contractual, con el único propósito

³² E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, op. cit., págs. 291 y ss.

³³ M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, «El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público», *DA*, núms. 210-211, 1987, pág. 230.

de eludir la legalidad vigente y evitar la contratación por tiempo indefinido e incluso la necesidad de convocar una plaza de funcionario. Puesto que la contratación administrativa es una vía excepcional, sólo para el caso de que la Administración no pueda hacer frente a sus necesidades con sus propios medios, aunque el principio de subsidiariedad del artículo 202 del TRLCAP haya desaparecido en la nueva Ley, tal y como ya se ha dicho.

Pero si bien esta práctica es más frecuente de lo deseado, no lo es menos aquella otra en la que no se llevan a término contratos laborales, sino que sucesivamente se concertan con la misma o distinta persona física o jurídica diversos contratos administrativos de servicios o de consultoría y asistencia —a partir de mayo de 2008, de servicios—, en ocasiones alternando su denominación con otros, como los desaparecidos de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, e incluso contratos de arrendamientos de servicios del Derecho civil, aunque se cubran con todos ellos las mismas actividades. Esto supone, al igual que en Francia, un reclutamiento ilegal de personal³⁴.

Efectivamente, se habla de fraude por contratación en cadena si se contrata sucesivamente a la misma persona³⁵, si bien igualmente se defrauda la legalidad si se procede a la contratación sucesiva de distintas personas para un mismo puesto³⁶, ya que lo importante no es sólo a quién se contrata, sino que el hecho de necesitar una sucesión de contratos denota el carácter permanente de la actividad que se desarrolla, por lo que no tiene por ello cabida ni justificación la contratación temporal.

De este modo, y en contra de lo que opina un sector considerable de la doctrina laboral³⁷, aquí se parte de que no sólo se defrauda el Derecho laboral por la utilización de las figuras administrativas aquí examinadas, cuando la actividad es claramente permanente, sino que la misma irregularidad se produce cuando se emplean del mismo

³⁴ F. MODERNE, «Les marchés publics de prestations intellectuelles», *loc. cit.*, pág. 3703/5.

³⁵ Sin embargo, en el sistema francés, a pesar de que esto es condenado de igual forma e incluso con medidas más graves, se permite esta sucesión de contratos de duración determinada de forma excepcional y por su naturaleza en diversos sectores, como los de espectáculos, deportes, sector audiovisual, como ha señalado G. POULAIN, *Les contrats de travail à durée déterminée*, 10.ª ed., Litec, París, 1994, págs. 165-187.

³⁶ A. MARTÍN VALVERDE y otros, *Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, págs. 498-499.

³⁷ Entre otros, destaca el trabajo de R. ANIORTE SANZ, «El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Estudios Financieros*, núm. 206, 2000, págs. 81-148.

modo sucesivos contratos laborales de carácter temporal, como son los contratos para obra o servicio determinado.

Es en estos casos en los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo trata de compatibilizar los intereses y principios que guían la actuación de la Administración y los derechos de los trabajadores, buscando la difícil armonización entre los diversos intereses que se hallan en juego, para lo cual tiene como primer meta averiguar si realmente esos contratos son de carácter administrativo o laboral, para en un segundo plano comprobar la legalidad de su utilización y, en caso de no ser así, determinar finalmente las consecuencias de dicho fraude. Además, es necesario tener en cuenta que si en el sector privado puede procederse a la conversión en indefinido de plantilla, en el caso de la Administración esto choca con la necesidad de cumplir con unos procesos de acceso a las entidades públicas, de mayor rigor para el caso de esa estabilidad. De otro modo se violaría el derecho de acceso en condiciones de igualdad, así como un agravio comparativo con relación al resto del personal de la Administración de que se trate.

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que el fraude puede venir de la Administración y también del trabajador, o de ambos si su pretensión es perseguir la elusión de los procedimientos o pruebas de acceso al empleo público en perjuicio del interés general y de los derechos del resto de ciudadanos³⁸.

Por todo lo expuesto parece evidente que el primer problema a dilucidar es qué Derecho debe aplicarse a estos supuestos: el laboral o el administrativo. Y, una vez que esto quede claro, determinar en qué términos debe llevarse a cabo esa aplicación.

En este caso está en juego un derecho fundamental como es el que recoge la CE en su artículo 23.2 al reconocer la igualdad en el acceso a la función pública, el cual se pone en entredicho con la aplicación del Derecho laboral. Y que se enfrenta a otros derechos del trabajador.

Con la finalidad de ubicar el problema en sus justos términos, debe precisarse que las irregularidades en este tipo de contratación pueden ser variadas, así como sus consecuencias. Una de ellas es el supuesto en el que se entiende que el contrato ha sido efectuado en fraude de ley porque no existe la causa necesaria para llevar a efecto un contrato de carácter temporal, para el caso de admitir que se trata realmente de una contratación laboral y no administrativa. En este

³⁸ J. GARCÍA MURCIA, «El trabajo atípico en la Jurisprudencia más reciente: Notas más destacadas», *Relaciones Laborales*, T. I, 1989, págs. 446-448.

supuesto se procede como regla general a presumirse por tiempo indefinido, como establece la norma laboral correspondiente³⁹.

Sin embargo, puede entenderse que de lo que se trata es de un despido improcedente conforme al siguiente argumento: si se considera que el contrato de duración determinada carece de causa para serlo pasaría a desplegar sus efectos la presunción del mencionado artículo 15.3 del ET, en el sentido de presumir que se trata de un contrato indefinido, con lo cual una vez que se extingue por la Administración dicho contrato, salvo que cumpla ciertas causas, se tratará de un despido improcedente, en cuyo caso a la empleadora le quedan dos posibilidades: readmitir al trabajador o proceder al pago de una indemnización⁴⁰.

Siguiendo esta postura, la Administración puede ver sus posibilidades reducidas a la indemnización y, de este modo, se evitaría entrar en la problemática de si puede o no convertirse el contrato en indefinido sin seguir los procedimientos de selección oportunos para el acceso a las Administraciones públicas de forma permanente, así como el problema de fijar para qué actividades sería readmitido.

Por tanto, y tras lo visto hasta el momento, existe una yuxtaposición de dos derechos: el fundamental de acceso en condiciones de igualdad a la función pública y el derecho que el trabajador tiene a su readmisión según una interpretación estricta. Ante esto debe partirse de que ningún derecho es absoluto e ilimitado, sino que encuentra sus límites donde comienzan los derechos de los demás, y muy especialmente aquellos a los que la CE les da una protección mayor, como son los derechos fundamentales. Por lo tanto, en este caso prevalece el de igualdad⁴¹, especialmente si se entiende que al trabaja-

³⁹ Así, se dice que se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley en el artículo 15.3 del ET, al igual que en el artículo 9.3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

⁴⁰ En el artículo 56 del ET se recogen ambas posibilidades ante un despido improcedente: la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación, o proceder al pago de una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, y una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación (la redacción actual de este precepto se debe a la Ley 45/2002, de 12 de diciembre).

⁴¹ Además, debe tenerse en cuenta que el TC entiende que la diferencia de trato establecida por la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros cabe cuando puede considerarse razonable y siempre que dicha diferencia se demuestre como medio excepcional y adecuado para resolver una situación excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se encuentra la eficacia de la Administración pública.

dor le queda la vía de la indemnización para el supuesto en que se hable de despido improcedente, puesto que si se descarta esta posibilidad y se entiende estrictamente que hay fraude de ley al contratar, la consecuencia sería la de su conversión en indefinido. La misma sanción se impone para el caso de haber sido contratado bajo una de las posibles modalidades de contratos de carácter temporal si expirada la duración máxima o la de la prórroga expresa en el contrato eventual, o ejecutada la obra o servicio, o producida la causa de extinción del contrato de interinidad, no hay denuncia expresa y el trabajador continúa prestando sus servicios, salvo que se acredite la naturaleza temporal de la prestación⁴², prueba que le corresponde soportar al empleador⁴³.

Estas dudas han sido planteadas en múltiples ocasiones ante el Tribunal Supremo, el cual no ha seguido siempre la misma línea de interpretación, puesto que la solución a este problema de compatibilizar dos intereses, así como la idea de que aunque la Administración recurra al Derecho laboral en cuanto a sus fórmulas organizativas no puede abandonar los principios que, según la CE, disciplinan el comportamiento de los entes públicos⁴⁴, no es sencilla de encontrar.

Se ha experimentado una importante evolución de la postura adoptada por el Tribunal Supremo, en la que encuentra un punto de inflexión decisivo a principios de los años noventa del siglo anterior, si bien hoy sin duda el Alto Tribunal tiene una doctrina consolidada al respecto. De este modo, a finales de la década de los ochenta del siglo XX, este Alto Tribunal, sobre la base de las peculiaridades que comporta la contratación con un ente público, negaba rotundamente la posibilidad de convertir en estable un contrato temporal pese a las irregularidades que en el mismo se hubieran producido. Dicho efecto lo sustituía por la declaración en su caso de nulidad o improcedencia del contrato, pudiendo optar por la correspondiente indemnización, ya que se entendía que dada la naturaleza de la Administración contratante le está impedido ampliar su plantilla, pese a las necesidades sobrevenidas, sin el cumplimiento de las disposiciones específicas reguladoras del acceso a la función pública. Además, es contrario a nuestro Ordenamiento que por medio de la contratación temporal

⁴² En estos casos el efecto es igualmente la conversión en indefinido del contrato que inicialmente se consideró temporal, como establece el artículo 8.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET en materia de duración determinada.

⁴³ A. MARTÍN VALVERDE y otros, *Derecho del Trabajo*, op. cit., págs. 498-499.

⁴⁴ J. LÓPEZ GANDÍA, «Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal de la Administración Pública», *Poder Judicial*, núm. 3, 1986, pág. 153.

pueda consagrarse una situación de permanencia al servicio de la Administración, que pugnaría con mandatos constitucionales y con la regulación legal y reglamentaria aplicable a los organismos públicos, ya que imponen inexcusables pruebas selectivas con igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos⁴⁵.

Sin embargo, hacia finales de los ochenta-principios de los noventa del siglo pasado, este Tribunal fue cediendo en esta postura a favor de la idea del cumplimiento de los mandatos laborales y dejando de lado las especialidades de la Administración. De este modo se inició una nueva visión del problema, aceptando en principio una graduación de los incumplimientos, al admitir que en aquellos especialmente graves se convirtiese el contrato en indefinido, en concreto en el caso de interinidad indefinida, hasta el momento en que la vacante fuera cubierta de forma reglamentaria⁴⁶. Esta posición intermedia no parece cumplir ni con los principios administrativos ni con los laborales y tempranamente se desechó; lo que sí es evidente es que una irregularidad meramente formal no puede tener como consecuencia por sí sola la conversión de un contrato temporal en indefinido⁴⁷.

Como era de esperar, esta postura se abandonó ya a principios de los años noventa del siglo XX, dando paso a una inflexión en la que el Tribunal Supremo optó decididamente por aplicar de forma plena los principios tuitivos que ordenan la relación laboral, obviando el carácter peculiar de la parte contratante, es decir, la Administración. De este modo, se consiente que ciertas irregularidades en la contratación laboral de carácter temporal puedan traer consigo consecuencias tan

⁴⁵ Esta primera postura del TS se manifestó desde mediados de los años ochenta hasta finales de los mismos y principios de los noventa en sentencias de la Sala de lo Social como la de 9 de octubre de 1985 (Ar. 4697), en la que concretamente este Tribunal afirma que el organismo público demandado (INSS) está obligado a nutrirse de funcionarios para la eficaz realización del servicio público que tiene encomendado, siendo claro que no podría cumplir ese imperativo si los puestos necesarios a tal fin quedaran cubiertos indefinidamente por trabajadores contratados con carácter temporal. De igual modo se pronuncia en la sentencia de 3 de marzo de 1987 (Ar. 1316), en cuanto a un contrato temporal concertado por la Tesorería General de la Seguridad Social, afirmando que la actuación administrativa que comporta una determinada infracción generará las pertinentes responsabilidades administrativas, pero en ningún caso la alteración de la naturaleza temporal del contrato al transformarse en un contrato por tiempo indefinido. Esta postura se mantuvo hasta finales de los años ochenta, como analiza F. A. CASTILLO BLANCO, «Las problemáticas fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público», *loc. cit.*, págs. 190-192, donde señala otras muchas sentencias en estos términos.

⁴⁶ SSTs de la Sala de lo Social de 7 de marzo de 1988 (Ar. 1864), de 4 de julio de 1988 (Ar. 5745), de 7 de junio de 1989 (Ar. 4547), de 28 de noviembre de 1989 (Ar. 8272), de 18 de julio de 1990 (Ar. 6424), entre otras.

⁴⁷ J. LÓPEZ LÓPEZ, «La contratación temporal y el fraude de ley», *Relaciones Laborales*, T. II, 1990, pág. 347.

graves como la conversión de esa relación en un contrato de carácter indefinido⁴⁸. Por tanto, era posible alcanzar una estabilidad incompatible con los principios y derechos que rigen las relaciones y el acceso a las Administraciones públicas, más cuando se trata de principios y derechos que tienen incluso su reconocimiento en el ámbito constitucional.

Concretamente, esta postura choca con los principios contenidos en los diversos apartados del artículo 103 de la CE, así como el derecho fundamental del artículo 23.2 de dicho cuerpo legal al acceso en condiciones de igualdad a la función pública. Función pública que debe entenderse de forma amplia, abarcando de igual modo a los contratados en régimen laboral.

Volviendo al giro de casi ciento ochenta grados que experimentó la jurisprudencia en los años mencionados, éste se ha justificado por el propio Tribunal Supremo en la necesidad de reacción frente al sistemático incumplimiento de la legislación laboral.

De este modo, el Tribunal Supremo ha declarado en alguna ocasión que la especial posición de la Administración respecto a la selección del personal a su servicio no puede en modo alguno legitimar en todo caso una inercia en los mecanismos propios de selección, que justifique el uso anormal y antirreglamentario de fórmulas sustitutorias de contratación laboral, en manifiesto quebrantamiento de la normativa reguladora de esta última y en notorio perjuicio de las personas que acceden a tal forma de vinculación jurídica. Asimismo, sostener que tal inercia administrativa puede configurar una esencial temporalidad en las tareas o servicios públicos que se ven afectados por la misma puede resultar claramente abusivo y, en cualquier caso, atentatorio al interés jurídicamente protegible de seguridad en el empleo del trabajador que es contratado para la atención de dichas tareas o servicios⁴⁹.

Esta argumentación es cuanto menos sorprendente, dado que si se trata de proteger derechos surge la pregunta de dónde queda la protección respecto del derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a la función pública. De igual modo, la venganza y castigo al que parece querer someter el TS a la Administración no es un argumento jurídico para proceder a la aplicación de esa regla, cuando de este hecho se derivan consecuencias perniciosas para el resto de quie-

⁴⁸ Entre otras, esta postura se encuentra en las sentencias de la Sala de lo Social de 11 de febrero de 1991 (Ar. 822), de 18 de marzo de 1991 (Ar. 1875), de 31 de enero de 1992 (Ar. 142), de 6 de mayo de 1992 (Ar. 3516), de 18 de mayo de 1992 (Ar. 3564), de 22 de septiembre de 1993 (Ar. 7026), de 3 de noviembre de 1993 (Ar. 8539), sin ánimo exhaustivo.

⁴⁹ STS de la Sala de lo Social de 6 de mayo de 1992 (Ar. 3516).

nes accedieron a la función pública a través de los procedimientos de selección legalmente oportunos. Puesto que la eventual utilización por la Administración pública del Derecho privado necesariamente obliga a su uso con el respeto y en el marco de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna, que, de esta forma, exigiría una interpretación que salvaguardase el legítimo derecho del resto de los ciudadanos a poder acceder a las plazas vacantes en el sector público, lo cual no se cumple si se permite obtener dicha estabilidad por irregularidades en la contratación temporal⁵⁰.

Esta postura se ha venido manteniendo de forma más o menos estable a finales de los años noventa del pasado siglo y primeros años de éste y hoy se ha consolidado, aunque en alguna ocasión puntual el Tribunal Supremo se ha desmarcado de la misma volviendo de forma infrecuente a posiciones anteriores⁵¹, ya abandonadas.

Así, la jurisprudencia de esos años sostiene la posibilidad de convertir un contrato laboral de carácter temporal en uno indefinido como sanción a ciertas irregularidades; sin embargo, insiste en aclarar que el carácter que adquiere es el de indefinido y no fijo de plantilla⁵². Aunque tal diferencia puede ser importante para el Derecho laboral e implica en cierto modo una vuelta a la posición intermedia señalada con anterioridad, a efectos del acceso a la Administración conlleva problemas similares.

Efectivamente, en alguna de esas sentencias del Tribunal Supremo, éste ha procedido a definir con claridad qué debe entenderse por indefinido y qué por fijo de plantilla⁵³. Así, señala que el carácter indefinido implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a término. Con lo cual esto no supone que el trabajador se consolide sin superar los procedi-

⁵⁰ Como afirma F. A. CASTILLO BLANCO, «Las problemáticas fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público», *REDA*, núm. 86, 1995, pág. 207.

⁵¹ Por ejemplo, en la sentencia de la Sala de lo Social de 18 de diciembre de 1996 (Ar. 3068), el TS sostiene que este efecto ha sido reconocido en la jurisprudencia con carácter excepcional y para supuestos de importantísimas irregularidades, no siendo extensible a otros casos. Por tanto, si bien no niega su existencia, trata de reducir sus efectos de forma considerable.

⁵² Así, por ejemplo, habla de esta distinción y reconoce el efecto de la conversión del contrato en indefinido, pero no en fijo de plantilla, en las sentencias de la Sala de lo Social del TS de 10 de diciembre de 1996 (Ar. 9139), de 30 de diciembre de 1996 (Ar. 9864), de 14 de marzo de 1997 (Ar. 2471), de 24 de abril de 1997 (Ar. 3498), de 7 de julio de 1997 (Ar. 6250), de 27 de marzo de 1998 (Ar. 3159), de 19 de junio de 1998 (Ar. 6257), de 24 de septiembre de 1998 (Ar. 7303), de 22 de septiembre de 1998 (Ar. 7423), de 13 de octubre de 1998 (Ar. 7809), en las que vuelve en cierto modo a una posición intermedia al afirmar que se extinguirá el contrato una vez se produzca la cobertura reglamentaria de la plaza, entre muchas otras.

⁵³ STS de la Sala de lo Social de 26 de octubre de 1998 (Ar. 7875).

mientos de selección en una condición de fijeza en plantilla, que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones públicas, ya que en virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva a un puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, una vez producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato. Esta posición parece encontrar, en cierto modo, un justo término intermedio para armonizar los diferentes puntos de vista que las dos ramas del Derecho examinadas adoptan.

De un lado, acepta la sanción que el Derecho laboral impone a las irregularidades en la contratación temporal, es decir, la conversión en indefinido, pero, de otro, no le otorga una plaza fija sin seguir los pasos necesarios para ello, sino que ocupará ese puesto hasta su cobertura reglamentaria, normalmente por un funcionario, ya que se presupone que el vicio que dio lugar a esta consecuencia ha sido precisamente la carencia de causa que justifique una contratación temporal al tratarse de actividades permanentes. En este caso, y siendo ésa la irregularidad, no parece del todo desaconsejable esa solución, si bien para la cobertura temporal de una plaza mientras se produce el proceso de selección y las pruebas oportunas también existen figuras propias del Derecho administrativo⁵⁴.

Sin embargo, esta solución por la que se ha decantado el Tribunal Supremo enmascara un fraude para el trabajador que podría evitarse por otra vía que se expondrá a continuación, ya que de este modo no se conseguirá una de las principales finalidades que se persigue, que es precisamente la persuasión para que la Administración no utilice el Derecho laboral de forma fraudulenta.

Efectivamente, con esta postura se da a entender que tienen prioridad los derechos de los trabajadores, en concreto el derecho a la conversión en indefinido de su contrato laboral concertado irregularmente con carácter temporal, aparentemente castigando la actuación fraudulenta de la Administración. Sin embargo, lo único que por esta vía consigue el trabajador es que su contrato se prolongue hasta la cobertura de la plaza que hasta el momento ocupaba, convirtiendo realmente su relación laboral en un contrato de interinidad, que encuentra la causa suficiente para justificar su extinción en la cobertura de la plaza por el procedimiento reglado. Con lo cual en cierto modo se

⁵⁴ Como son los funcionarios interinos.

está admitiendo el fraude de la sucesión de contratos temporales sin causa para ello y agravándolo con los efectos propios de otro contrato del mismo carácter.

Por lo tanto, para el caso de que realmente el Tribunal Supremo pretenda, como así afirma, concederle la razón al trabajador y castigar la actitud de la Administración, debería reconocer que la sucesión de contratos temporales sin causa hace devenir a dicha relación como indefinida, pero no para que produzca los efectos señalados, sino que una vez que el trabajador acude a los Tribunales es porque la Administración ha extinguido dicha relación argumentando que es temporal, con lo cual podría hablarse perfectamente de un despido improcedente, ante lo que la Administración, en lugar de readmitirlo, lo cual podría chocar con los artículos 103 y 23.2 de la CE, vería sus posibilidades limitadas a la indemnización. Así, ésta se plantearía con mayor detalle las consecuencias de su contratación fraudulenta, persuadiéndola por tanto de estos abusos, ya que con la posición del Tribunal Supremo su sanción se ve reducida a mantener al trabajador hasta la cobertura del puesto, plaza que sí se ve obligada a convocar públicamente, pero que también, del modo propuesto en este trabajo, debería hacerlo añadiendo la indemnización al trabajador, como ocurre realmente en el sector privado.

Finalmente, en cuanto a esta doctrina cabe destacar que la misma se ha mantenido y consolidado por el TS hasta nuestros días, como se puede comprobar en sentencias recientes como la de 15 de octubre de 2007 (Rec. núm. 3200/2006) o la de 17 de octubre de 2007 (Rec. núm. 3954/2006), en las que declara la competencia del orden social a propósito de contratos de consultoría y asistencia para prestar servicios en el Servicio de Infancia y Familia, Departamento de Centros de Protección de Menores de la Junta de Andalucía, y recuerda la Sala la doctrina evacuada al respecto de este tipo de contratación, conforme a la cual debe considerarse lícitamente empleada la contratación administrativa sólo cuando se contrata un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final, como sucedía en estos casos⁵⁵; doctrina que reitera nuevamente en la sentencia de 25 de octubre de 2007 (Rec. núm. 3377/2006) en cuanto a la contratación de un arquitecto por el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas (INVIFAS) mediante sucesivos contratos administrativos de asistencia.

⁵⁵ Como ha señalado P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, en las crónicas de jurisprudencia publicadas en *ACTUM Social*, núm. 8, de 2007.

De este modo y a través del levantamiento del velo, el TS, Sala de lo Social, entiende que aunque formalmente se celebren como contratos administrativos se consideran realmente laborales, evidentemente tras comprobar que en los mismos concurren las notas del trabajo asalariado, precisas para tal calificación⁵⁶, pues, como el mismo TS reconoce, siempre resulta difícil la distinción entre la contratación administrativa —especialmente hoy los contratos de servicios— y la contratación laboral⁵⁷.

Por tanto, de la solidez de esta postura de la jurisdicción social no hay duda, y es el propio TS el que ha afirmado que la misma no ha variado; al contrario, ha quedado consolidada con las posteriores reformas de la citada norma administrativa, en las que se ha suprimido el contrato para trabajos específicos y concretos no habituales, pero se ha mantenido el contrato de consultoría y asistencia, evidentemente refiriéndose a las modificaciones de la normativa anterior y no aún a la nueva Ley 30/2007, respecto de la cual todavía no ha tenido ocasión de manifestarse, si bien debe tenerse en cuenta que el hecho de haberse refundido en el nuevo texto las figuras de los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios no tiene consecuencias a los efectos que aquí interesa.

Otra cosa será comprobar qué opina la Sala de lo Social del TS de la previsión del artículo 277.4 comentada, es decir, del hecho de recoger expresamente que a la finalización de uno de estos contratos (los de servicios) no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante; pues tras todo lo expuesto puede aventurarse con cierta base que en casos de concatenación de contratos en fraude de ley, como se ha visto, el TS seguirá manteniendo su postura aunque el precepto de la Ley 30/2007 mencionado afirme que «en ningún caso» se pueda consolidar como personal, pues lo cierto es que además, al referirse la Ley 30/2007 al contratista de un servicio, desde el momento en que se considere que el vínculo es realmente laboral el artículo 277.4 de dicha Ley no sería aplicable, de tal modo que no se produciría una contradicción entre el citado artículo 277.4 de la Ley 30/2007 y la doctrina del TS en cuanto al ya estudiado artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, al menos cuando el Alto Tribunal estime, tras las comprobaciones oportunas, que se trata realmente de un contrato laboral y no administrativo.

⁵⁶ En la misma línea, la sentencia de 30 de abril de 2007 (Rec. núm. 1804/2006).

⁵⁷ A este respecto pueden verse las SSTs de 19 de mayo de 2005 (Ar. 5444) y de 25 de mayo de 2006 (Ar. 3720), como bien explica P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, en las crónicas de jurisprudencia publicadas en *ACTUM Social*, núm. 7, de 2007.

En este punto y antes de finalizar esta cuestión resulta interesante hacer mención también a la reforma que del ET ha llevado a cabo la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo, no sólo en cuanto a la redacción dada al apartado 5 del artículo 15⁵⁸, sino también y especialmente a la Disposición Adicional Decimoquinta.

El primero de esos preceptos mencionados se refiere precisamente a la adquisición de la condición de fijo de aquellos trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada; si bien especifica que todo ello sin perjuicio de lo establecido en los párrafos 2 y 3 del mismo precepto; recuérdese que el apartado tercero se refiere a la presunción de indefinidos de los contratos temporales celebrados en fraude de ley, cuestión ya expuesta.

Si esta previsión puede plantear dudas respecto de su virtualidad en el ámbito de las Administraciones públicas, por todo lo expuesto, es precisamente la Disposición Adicional Decimoquinta la que aclara esa aplicabilidad.

Así, en dicha disposición del ET, relativa a la aplicación de los límites al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas, y conforme a la vigente redacción de la misma, se deja perfectamente clara la aplicación de lo establecido en ese artículo 15.5 en el ámbito de las Administraciones, si bien no olvida que todo ello sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, especifican-

⁵⁸ En concreto, esa redacción es la siguiente: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos. Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal. Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad».

do además que todo ello no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable; si bien y aunque esta postura es clara, y además parece la más correcta teniendo en cuenta las peculiaridades de la Administración y el carácter tuitivo del Derecho laboral, otra cuestión será que realmente en la práctica ambos aspectos puedan armonizarse y que realmente puedan adquirir la condición de fijos y a la vez cumplir las exigencias de acceso al empleo público, salvo que se interprete que la adquisición de esa condición sea previo paso por el procedimiento de selección oportuno, con lo que la previsión del artículo 15.5 se matiza considerablemente en el ámbito de la Administración.

Pues si bien es cierto que todas estas disposiciones citadas del ET se refieren a la contratación laboral temporal y no, como es evidente, a los contratos administrativos, no debe olvidarse, tras lo examinado, que de producirse una sucesión de contratos, al margen de la denominación otorgada a los mismos, parece estar subyacente una necesidad continua o de cierta permanencia que debería cubrirse por medio de la previsión de un puesto en plantilla, bien de funcionario, bien de un contrato laboral indefinido o fijo, según las características de las necesidades; y ante la jurisprudencia expuesta del TS no parece que éste vaya a cambiar su postura porque la Ley 30/2007 prevea la imposibilidad de consolidación como personal de un contratista de un servicio al término del mismo.

VII. EL ACERTADO OTORGAMIENTO DE CARÁCTER BÁSICO A LAS PREVISIONES DE RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS EN LOS PROYECTOS

Entre los aspectos positivos de la nueva Ley debemos, en fin, resaltar con cierta satisfacción personal, al haber abogado pioneramente por esta reforma⁵⁹, la calificación de *básica* de la previsión respecto a la responsabilidad por defectos en los proyectos, contenida en el artículo 288.

Debe recordarse que, idénticamente a lo que señalaba el artículo 219 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y, más tarde, el mismo artículo del Texto Refundido, de 16 de junio de 2000, como excepción al régimen general de responsabilidad total del contratista frente a terceros (antiguo art. 97; actual art. 198), en el caso de daños y perjuicios a

⁵⁹ Cfr. L. TOLIVAR ALAS, *Comentarios a la Ley de Contratos...*, op. cit., pág. 203.

aquéllos o a la Administración, derivados de defectos o insuficiencias técnicas del proyecto de obras⁶⁰, la responsabilidad es limitada:

«La indemnización derivada de la responsabilidad exigible al contratista alcanzará el 50 por ciento de los daños y perjuicios causados, hasta un límite de cinco veces el precio pactado por el proyecto y será exigible dentro del plazo de diez años, contados desde la recepción del mismo por la Administración, siendo a cargo de esta última, en su caso, el resto de dicha indemnización cuando deba ser satisfecha a terceros»⁶¹.

Si la excepción privilegiada ya es, cuando menos, discutible —y discutida por otros sectores empresariales de contratación—, más aún lo era, desde el punto de vista jurídico, que el precepto, hasta la Ley de 2007, careciera de carácter básico. Ello suponía que en la legislación de desarrollo sobre contratación emanada de los Parlamentos autonómicos, en virtud del artículo 149.1.18.^a CE, podía variarse esta previsión —inicialmente obligatoria para los contratos de la Administración estatal— y prescindir de esta minoración tasada de responsabilidad, variar los porcentajes de copago a terceros o, incluso, cargar sobre la entidad contratante la totalidad del resarcimiento de unos daños y perjuicios generados por una mala praxis del contratista, convirtiendo así las funciones supervisoras o *in vigilando* de las Administración en una duplicidad disfuncional y antieconómica, porque supondría que la entidad pública debería revisar y calcular nuevamente cuanto hubiera proyectado el contratista. Una suma, por tanto, de gestión indirecta y directa para un mismo trabajo.

No entendimos, en su momento, la condescendencia del Consejo de Estado con la calificación del artículo como «no básico» y aplaudimos, ahora, la revisión implícita de su propia doctrina⁶². Como ya se

⁶⁰ O por los errores materiales, omisiones o infracciones de preceptos legales o reglamentarios en que el contratista haya incurrido, imputables al mismo.

⁶¹ Artículo 288.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

⁶² El Dictamen del Consejo de Estado, de 25 de mayo de 2006, recaído en el Expediente 514/2006 aborda, sin detenerse específicamente en la materia de responsabilidad, las novedades en «el alcance del carácter básico de la futura ley». Y, al respecto, recuerda que «se proyecta atribuir carácter básico a toda la ley y exceptuar de dicho carácter las previsiones que se señalan en la disposición final séptima, apartado 2, del anteproyecto. Frente a las objeciones planteadas en tal sentido, se han invocado los siguientes argumentos por el órgano proponente para justificar el carácter básico de los preceptos cuestionados (...)

— Artículos 286.1 y 2 y 288: en relación con el contrato de elaboración de proyectos de obras y en línea con las anteriores afirmaciones, parece lógico atribuir carácter básico a la obligación de subsanación de errores y corrección de deficiencias y al régimen de responsabilidad por defectos o errores en el proyecto (...) El Consejo de Estado no objeta a la regula-

ñalamos, apenas promulgada la Ley 13/1995, mientras que las relaciones entre las partes del negocio, también a efectos resarcitorios, pueden considerarse materia contractual⁶³ y, por ende, susceptibles de una mayor intervención normativa de desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas⁶⁴, el régimen de indemnizaciones a terceros, ajenos al contrato, es propio de la institución de la responsabilidad patrimonial (art. 106.2 CE); auténtico *sistema* de aplicación común a todas las *Administraciones públicas* y de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18.^a *in fine*)⁶⁵.

ción de esta materia en el Anteproyecto y considera que éste se muestra correcto en el cumplimiento del artículo 149.1.18.^a de la Constitución, sin que el criterio adoptado en relación con los preceptos cuestionados menoscabe los principios que deben ser respetados en la determinación del núcleo constitutivo de la legislación básica (...). Por lo que se refiere al Anteproyecto sometido a consulta y como ya se ha adelantado, el Consejo de Estado considera que el apartado 2 de su disposición final séptima es respetuoso con el esquema constitucional de distribución de competencias, sin que suponga una quiebra de dicho esquema el hecho de que preceptos que en el texto refundido todavía vigente se declaran no básicos tengan en el Anteproyecto tal carácter (...) Es cierto que, de aprobarse en sus actuales términos su disposición final séptima, el anteproyecto podría incidir sobre la normativa autonómica vigente, no tanto por razón de temas procedimentales u organizativos como por razón de que en él se declaran básicos diversos aspectos de la regulación sustantiva de la contratación del sector público que hasta ahora no tenían dicho carácter. Esta circunstancia, sin embargo, no ha de constituir obstáculo para que se produzca una más correcta redefinición del alcance básico de la ley como la que propone el Anteproyecto sometido a consulta a fin de garantizar, en lo básico, un mismo sistema contractual para todas las Administraciones Públicas de forma más completa que el Texto Refundido vigente».

⁶³ El Consejo de Estado, en su referido Dictamen de 25 de mayo de 2006, señala que «se han venido entendiendo como cuestiones cuya regulación debe tener carácter básico las relativas a la configuración misma del contrato administrativo; a su objeto y a sus requisitos; a su forma y documentación; a los sistemas de contratación y al régimen de publicidad; a las prerrogativas de la Administración; a la ineficacia del contrato o a la ejecución del contrato. A este respecto pueden tenerse por reproducidas las consideraciones realizadas en los dictámenes de 24 de noviembre de 1988 (Expediente 51.924) y de 24 de noviembre de 1993 (Expediente 1270/93)».

⁶⁴ Formularon observaciones a la Disposición Final Séptima del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público algunas Comunidades Autónomas. En resumen del propio Consejo de Estado, la Junta de Andalucía se limitó a señalar que «no alcanza a comprenderse la naturaleza básica de determinadas disposiciones». La Comunidad de Madrid subrayó que se había ampliado, con respecto al Texto Refundido previo, el número de artículos que se consideran legislación básica, algunos de los cuales tienen un carácter meramente procedimental u organizativo. Y la Generalidad de Cataluña realizó unas extensas consideraciones, tomando como punto de partida la circunstancia de que el anteproyecto sigue, en este aspecto concreto, la línea del Texto Refundido vigente en el momento. Consideraba la Comunidad catalana que hubiera sido preferible una regulación básica a través de la fijación de los principios fundamentales de la materia, en lugar de concebir las bases como normas que imponen prescripciones concretas, y, en fin, señaló que se pretendía declarar básicos más preceptos que los que ya tienen dicho carácter en el Texto Refundido vigente. El órgano consultivo intercala: «no habiendo obstáculo jurídico alguno para ello distinto del propio alcance de la expresión *legislación básica*».

⁶⁵ El artículo 159 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, en su propósito de diseccionar minuciosamente las competencias y blindar las que, en principio, corresponden a la Comunidad Autónoma, diferencia los títulos de intervención sobre contratos y responsabilidad patrimonial (donde entiende que

La norma de 2007 no ha querido diferenciar, en el artículo 288.2, un distinto grado atributivo del legislador estatal⁶⁶, según se tratara de daños contractuales o extracontractuales. Pero, al menos, ha salvado un modelo uniforme de responsabilidad, limitada para el proyectista y compartida con la entidad contratante, al declarar el carácter básico de dicho precepto y rectificando la calificación vigente desde 1995⁶⁷.

VIII. CONCLUSIONES

Tras estas breves reflexiones cabe llegar a una serie de conclusiones respecto a la nueva regulación de los contratos de servicios de la Ley 30/2007.

Así, en esta norma parece reiterarse nuevamente la falta de consolidación plena de estos contratos —anteriormente contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios—, lo que se demuestra en la ausencia de una definición expresa, concreta y clara de los mismos, además de la señalada refundición de ambas figuras en una sola, aunque ello parece deberse a una adaptación más fiel de las Directivas europeas, abandonando con ello nuestra tradición en la materia, como igualmente ha sucedido con la estructura de la Ley, como así se lo reprochó el Consejo de Estado.

las causas que originan responsabilidad no son de tipificación exclusiva del Estado) de la siguiente forma:

«3. *Corresponde a la Generalitat, con relación a los contratos de las Administraciones públicas de Cataluña:*

a) La competencia exclusiva sobre organización y competencias en materia de contratación de los órganos de las Administraciones públicas catalanas y sobre las reglas de ejecución, modificación y extinción de los contratos de la Administración en lo no afectado por el artículo 149.1.18 de la Constitución. b) La competencia compartida en todo lo no atribuido a la competencia exclusiva de la Generalitat por la letra a (...).

5. Corresponde a la Generalitat, en materia de responsabilidad patrimonial, la competencia compartida para establecer las causas que pueden originar responsabilidad con relación a las reclamaciones dirigidas a la Generalitat, de acuerdo con el sistema general de responsabilidad de todas las Administraciones públicas».

⁶⁶ Curiosamente, en la propuesta, rechazada en el Congreso de los Diputados, de *Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi*, aprobada por el Gobierno de Ajuria Enea el 25 de octubre de 2003, el régimen atributivo era el inverso: mientras en materia de contratos y concesiones administrativas se reconocía al Estado la legislación básica —art. 45.2.b)—, a la que se refiere el texto constitucional, en lo tocante al sistema de responsabilidad patrimonial se declaraba a favor de la Comunidad de Euskadi el carácter exclusivo de las potestades legislativa y de ejecución sobre dicho sistema —art. 46.e)—.

⁶⁷ Disposición Final Séptima, número 2, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Más criticable parece la desaparición del principio de subsidiariedad de estos contratos respecto del personal de la Administración del antiguo artículo 202 del TRLCAP, pues carece de lógica justificación y podría llevar a ciertos riesgos innecesarios, aunque lo más probable es que se deba a un olvido del legislador por la complejidad de la norma.

Sin embargo, junto a lo que podrían considerarse como desaciertos de esta Ley, la misma también aporta soluciones a problemas que ya en su día tuvimos ocasión de poner de relieve, como por lo que se refiere a los derechos de propiedad intelectual e industrial, que hoy claramente pasan a manos de la Administración. Otra cuestión es la previsión del artículo 277.4 por lo que respecta a tratar de evitar que a un contratista de uno de estos contratos no se le considere a su término como personal de la Administración, aunque habrá que estar a lo que la jurisdicción social a este respecto determine, pues no parece probable que la doctrina consolidada del TS en esta cuestión vaya a variar por efecto de dicho precepto.

Finalmente, se ha rectificado, a nuestro entender correctamente, en lo tocante a la responsabilidad tasada del proyectista, otorgando al precepto que la detalla el carácter básico del que, hasta la fecha, indebidamente, carecía. Aún más: la regulación estatal de los aspectos de responsabilidad frente a terceros ajenos al contrato supera, en rigor, los moldes de la mera determinación de bases. Pero tal cuestión, como la aún más discutible del privilegio de limitación de responsabilidad a este tipo concreto —y normalmente elitista— de contratistas, excede el objeto del presente artículo.