

Indefinido fijo en la Administración Pública (1)

María del Carmen Rodrigo Saiz

Magistrada titular del Juzgado de lo Social Número 41 de Madrid

Diario La Ley, Nº 9821, Sección Dossier, 30 de Marzo de 2021, **Wolters Kluwer**

ÍNDICE

Normativa comentada

Constitución Española de 27 Dic. 1978

TÍTULO PRIMERO. De los Derechos y Deberes Fundamentales

CAPÍTULO II. DERECHOS Y LIBERTADES

SECCIÓN 1.^a. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas

Artículo 23

2.

TÍTULO IV. Del Gobierno y de la Administración

Artículo 103

3.

RDLeg. 5/2015 de 30 Oct. (aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público)

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

TÍTULO IV. Adquisición y pérdida de la relación de servicio

CAPÍTULO I. Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio

Artículo 55. *Principios rectores.*

Jurisprudencia comentada

TJUE, Sala Segunda, S, 19 Mar. 2020 (C-103/2018)

TS, Sala Cuarta, de lo Social, S 782/2020, 17 Sep. 2020 (Rec. 1408/2018)

Comentarios

Resumen

Repaso jurisprudencial en torno a la polémica sobre conversión en indefinido de un contrato temporal en la Administración Pública cuando se detecta judicialmente fraude en la contratación.

La conversión en indefinido de un contrato temporal en la Administración Pública deviene necesaria cuando se detecta judicialmente fraude en la contratación, desde la doctrina jurisprudencial adoptada a mediados de la década de los años 90. Esa declaración no ha creado polémica hasta fechas relativamente recientes, en tanto que se ha cuestionado que no se equipara la condición del empleado público indefinido al empleado indefinido de una empresa privada. El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que no está sometido, directa o indirectamente a término, pero esto no supone que el trabajador consolide una condición de fijeza en la plantilla, puesto que su plaza puede ser amortizada o cubierta a través del procedimiento reglamentario, en cuyo caso cesa el contrato y no tiene iguales derechos que el indefinido de una empresa privada.

Esta distinción entre empleados públicos viene reconocida en el Estatuto Básico del Empleado Público, Real Decreto Legislativo 5/15 de 30 de octubre, art. 8.2 c) (LA LEY 16526/2015) que se refiere al «personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal», dando carta de naturaleza a la tesis jurisprudencial que ha venido defendiendo que las irregularidades en la contratación de los contratos temporales no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de Derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público que se desprenden de los art. 23.2 (LA LEY 2500/1978) y 103.3 C.E. (LA LEY 2500/1978), que es de aplicación tanto a funcionarios como a empleados laborales. Otra decisión distinta sería además contraria al art. 14 C.E. (LA LEY 2500/1978) Este es el pronunciamiento unísono del TS desde STS 10-12-96 (LA LEY 2718/1997), 14-3-97 (LA LEY 4933/1997), 20-1-98 (LA LEY 2344/1998), 11-4-06, hasta la actualidad.

No se admite la consolidación de la condición de fijeza por el personal contratado temporalmente en las Administraciones Públicas, al margen de los procesos de selección por la mera persistencia de la contratación laboral o por el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo, aunque se haya contemplado en Convenio Colectivo o acuerdo colectivo porque la remisión a los convenios colectivos autoriza a concretar los procedimientos de selección con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad y sin que sea válido contrariar los mismos. Además, no procede la pretendida consolidación aunque se acredite que otros trabajadores en la misma situación han sido considerados fijos, porque tal proceder es contrario a las normas constitucionales y legales sobre el acceso al empleo público (STS 4-2-10 (LA LEY 4147/2010) y 10-3-10 (LA LEY 12484/2010)).

Este principio general de imposibilidad de reconocimiento de fijeza al personal laboral que es contratado temporalmente bajo una cobertura que resulta fraudulenta se ha hecho patente también en el ámbito de las entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles estatales. Tanto unas como otras se incluyen en el sector público empresarial que se distingue del sector público administrativo dentro del ámbito del sector público. La disposición adicional primera del EBEP (LA LEY 16526/2015) amplía el ámbito de aplicación de cuatro preceptos, incluido el art. 55 del EBEP (LA LEY 16526/2015): «los principios contenidos en los artículos 52 (LA LEY 16526/2015), 53 (LA LEY 16526/2015), 54 (LA LEY 16526/2015), 55 (LA LEY 16526/2015) y 59 (LA LEY 16526/2015) serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica». Y es el art. 55 del EBEP el que regula el derecho al acceso público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: «1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados [...]». De forma, que aunque en principio, el EBEP no es aplicable con carácter general a las entidades del sector público estatal no incluidas en su art. 2 (LA LEY 16526/2015), sí les son aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, cuando la normativa específica, que les sea aplicable, les encuadra en sector público estatal. (STS 17-9-20 (LA LEY 120389/2020), rec. 1408/18, en variación de criterio jurisprudencial que en mi restrictivo y limitado parecer es el adecuado porque se trata de acceso a empleo público).

La posición del Tribunal Supremo aparece definitivamente fijada y ha permanecido invariable a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996 (LA LEY 10193/1996), recurso 3307/1995, en la que se establece que «la contratación en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido». Es una consecuencia lógica derivada de los efectos declarados para el despido improcedente en STS de 24 de enero (LA LEY 10555/1994) y 17 de julio de 1994 (LA LEY 7941/1994) que reiteran jurisprudencia anterior, y rigen en su integridad para la Administración pública, sin enervar el deber de las Administraciones públicas de atenerse a los sistemas o procedimientos de contratación que concreten la puesta en práctica de los principios constitucionales de los arts. 103 (LA LEY 2500/1978) y 23 C.E (LA LEY 2500/1978). Y ello es así a pesar de que el demandante, con anterioridad a cada una de sus contrataciones el trabajador

superara un proceso selectivo ya que dichas pruebas se realizaban para, atendiendo al puesto que hubiesen obtenido, seleccionar a las personas trabajadoras con las que se iba a celebrar un contrato temporal, pero no se trataba de pruebas para el acceso a una plaza fija en la empresa (ST 2-7-20 (LA LEY 72761/2020)).

La Sala Contencioso-Administrativa del TS no es partidaria de establecer indemnización

No obstante, ante la proliferación de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, y en especial con apoyo en las planteadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, se pretende cimentar en las ST resolutorias del TJUE la declaración judicial de fijeza del empleado público. En el orden contencioso-administrativo ha tenido consecuencias dispares, aunque la balanza se inclina por la ausencia de fijeza, concediendo en algunos casos indemnización o difiriendo para el cese la determinación de una eventual indemnización. La Sala Contencioso-Administrativa del TS no es partidaria de establecer indemnización, porque en los pronunciamientos recaídos exige una vinculación sucesiva de varias relaciones de servicio.

Son varias las sentencias que han determinado finalmente que no se opone al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de mayo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (LA LEY 7675/1999), relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, la falta de indemnización para la finalización de un contrato de interinidad por las diferentes características mientras sí se contempla para un trabajador fijo. En cuanto el empleado público indefinido extinguirá el contrato en caso de que la plaza se cubra por el proceso reglamentario por un funcionario de carrera se equipara a un contratado interino, se invoca la precariedad laboral y la falta de mecanismos para cumplir los objetivos de las cláusulas 4 (LA LEY 7675/1999) y 5 del Acuerdo Marco (LA LEY 7675/1999)

La ST TJUE de 22-1-20, C-177/18 (LA LEY 33/2020), asunto Baldonado Martín (funcionaria interina) concluye que la normativa nacional que se cuestiona no se opone a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, dejando sin resolver la tercera cuestión propuesta, relativa a si la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que si ha existido una relación temporal para cubrir necesidades permanentes, la concesión de una indemnización equivalente a la que se abona a los trabajadores en caso de despido improcedente, constituye una medida para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente. No obstante, en el

apartado 61 el Tribunal determina que la indemnización del art. 49.1 c) ET (LA LEY 16117/2015) no queda incluida en ninguna de las categorías previstas en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c) del Acuerdo Marco y tampoco parece constituir una medida legal equivalente, porque no permite alcanzar el objetivo general que la citada cláusula asigna a los Estados miembros. De este texto se pretende extraer que la medida consecuente para prevenir abusos y eficacia disuasoria no puede ser indemnizatoria sino la declaración de fijeza.

La ST del TJUE de 7-3-2018, C-494/16 (LA LEY 5783/2018), asunto Santoro, indica que los Estados miembros no están obligados a prever la transformación de los contratos de duración determinada en contratos por tiempo indefinido, ni se les puede imponer conceder, si no se realiza esa transformación, una indemnización. Incumbe al tribunal remitente comprobar los elementos relativos a las sanciones que pueden adoptarse contra las administraciones públicas en caso de recurso abusivo a los contratos de duración determinada, y si tienen carácter efectivo y disuasorio para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco. En este supuesto se consideró acorde la normativa nacional que contempla un pago al trabajador afectado de una indemnización destinada a compensar la no transformación de la relación de duración determinada en una relación por tiempo indefinido y prevé la concesión de una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución, junto con la posibilidad de reparación íntegra del daño, extremo que corresponde verificar al órgano remitente.

La Sentencia de 19-3-20 (LA LEY 7656/2020), C-103/18 y C-429/18, asuntos Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez, admite que la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente a los empleados públicos que ven transformadas las relaciones de servicio de duración determinada en relaciones indefinidas no fijas pueden ser medidas adecuadas para prevenir los abusos.

El auto de 30/09/20, asunto C-135/20 despacha la cuestión prejudicial que viene a establecer doctrina similar si en el sector público se prohíbe la conversión de contratos de trabajo de duración determinada, en tanto no se prevea otras medidas efectivas que sancionen la utilización abusiva. Dado que la legislación portuguesa en ningún caso prevé la conversión en contrato de duración indefinida. Reseñando que es competencia del Ordenamiento Jurídico interno de los Estados miembros introducir las normas que regulen de forma que no sean menos favorables para situaciones similares (principio de equivalencia) ni hagan imposible en la práctica los derechos conferidos por el Derecho de la Unión (principio de efectividad).

La marea de sentencias contrapuestas provoca incertidumbre e inseguridad jurídica y hasta una sensación de arbitrariedad. Los órganos judiciales resuelven los conflictos jurídicos utilizando los

mecanismos de la Ley en amplia acepción y su interpretación. Se enfrentan a realidades sociales que adelantan propuestas legislativas con soluciones o creaciones doctrinales o jurisprudenciales que normalmente corresponde recoger al poder legislativo. A falta de una indemnización equivalente al despido improcedente para el cese por cobertura que sea reglamentaria, la doctrina del TJUE puede sugerir una inclinación o ser proclive, porque tampoco es demasiado contundente, a hacer avanzar hacia una fijeza, que sin embargo, entiendo sobrepasa el apoderamiento de la función judicial y supone una intromisión en el poder legislativo, porque el Ordenamiento Jurídico nacional no lo permite; es más, es completamente contrario a dicha declaración, por cuanto nos hallamos ante el muro inaccesible e infranqueable de la norma fundamental constitucional.

La consideración de fijeza es inasumible desde el contexto de nuestro sistema legal y constitucional, porque se destruyen los principios básicos que apuntalan el acceso al empleo público fijo, y no sólo porque se contemple en la normativa legal sino que arraiga en normas de nuestra Constitución y la cesión de soberanía para acceder a la U.E. no alcanza tales cotas.

La ST TJUE citada de 19-3-20 (LA LEY 7656/2020) destaca que un tribunal no está obligado a dejar sin aplicación una disposición de su Derecho nacional contraria a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco (LA LEY 7675/1999). Deben interpretarlo en la medida de lo posible a la luz y letra de la directiva de que se trate, teniendo en cuenta que un particular no puede invocarla ante un juez nacional. La obligación del juez nacional tiene como límites los principios generales del Derecho, en particular los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación «*contra legem*» del Derecho nacional. El principio de interpretación exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomen en consideración la totalidad del Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación, hagan lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido.

La solución puede alcanzarse por otras vías que habría que explorar, a través del recurso a la indemnización, ya sea por causas objetivas o la prevista para la improcedencia en el momento de la finalización de la relación indefinida no fija, o incluso a través del cauce de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración utilizando una fórmula indemnizatoria objetiva. No son desdeñables, en cualquier caso, ciertos parámetros que pueden resultar contraproducentes pero son ciertos y se dejan plasmados en algunas Sentencias. La relación indefinida por fraude en la contratación de la Administración Pública se convierte en un vínculo laboral que goza de gran estabilidad y un régimen jurídico dotado de una seguridad que está normalmente ausente en el marco empresarial privado, sujeto a vaivenes coyunturales y estructurales de todo tipo, y en vez de un puesto de incertidumbre se convierte

en muchos casos en una garantía de mayor estabilidad, con ciertos beneficios y el aprovechamiento de muchas ventajas al igual que el empleado público de carrera, cuestiones que son de tener en cuenta y conocidas por el trabajador cuando emprende y acepta la contratación (ST TSJ C-A Galicia 15-7-20 (LA LEY 98421/2020), rec. 86/20), e incluso a sopesar en caso de cálculo de una indemnización.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia comunitaria, vacilante y no concluyente, y nuestras fuentes del Derecho, no parece sostenible la declaración judicial de fijeza.

(1)

Artículo publicado en base al Acuerdo de Colaboración entre la Asociación Profesional de la Magistratura y Wolters Kluwer.