

## ¿Y la condición de fijo en la administración pública se adquiere? Cuando se supere concurso-oposición para plaza fija, no temporal

Yolanda Cano Galán

Ex-Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos

**Diario La Ley**, Nº 9992, Sección Comentarios de jurisprudencia, 19 de Enero de 2022, **Wolters Kluwer**

### ÍNDICE

¿Y la condición de fijo en la administración pública se adquiere? Cuando se supere concurso-oposición para plaza fija, no temporal

I. Datos de identificación

II. Resumen del fallo

III. Antecedentes de hecho

IV. Disposiciones aplicadas

V. Doctrina del Tribunal Supremo

1. Cuestión casacional

2. La solución: no se adquiere la condición de fijeza en la Administración Pública por haber superado procesos selectivos para convocatorias temporales de plazas

A) La jurisprudencia previa

B) La influencia de la normativa comunitaria y doctrina del TJUE

C) El avance de la solución: distintas exigencias de mérito y capacidad para plazas fijas y temporales

3. La solución definitiva

3. Los Votos particulares

A) El Voto particular discrepante

B) El Voto particular que entiende debería consultarse al TJUE

VI. Comentario final

Normativa comentada

*Constitución Española de 27 Dic. 1978*

*Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 Jun. 1999 (Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada)*

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

*RDLeg. 2/2015 de 23 Oct. (texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)*

## TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

### TÍTULO I. De la relación individual de trabajo

#### CAPÍTULO II. Contenido del contrato de trabajo

##### SECCIÓN 1.ª. Duración del contrato

###### Artículo 15. *Duración del contrato.*

*RDL 14/2021 de 6 Jul. (medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público)*

### Jurisprudencia comentada

*TJUE, Sala Séptima, S, 3 Jun. 2021 ( C-726/2019)*

*TJUE, Sala Décima, S, 14 Sep. 2016 ( C-184/2015)*

*TS, Sala Cuarta, de lo Social, S 1112/2021, 16 Nov. 2021 (Rec. 3245/2019)*

*TS, Sala Cuarta, de lo Social, S 971/2021, 5 Oct. 2021 (Rec. 2748/2020)*

*TS, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, S 649/2021, 28 Jun. 2021 (Rec. 3263/2019)*

*TS, Sala Cuarta, de lo Social, S 96/2021, 26 Ene. 2021 (Rec. 71/2020)*

*TS, Sala Cuarta, de lo Social, S 822/2020, 30 Sep. 2020 (Rec. 112/2018)*

*TS, Sala Cuarta, de lo Social, S 777/2020, 17 Sep. 2020 (Rec. 154/2018)*

*TS, Sala Cuarta, de lo Social, S 587/2020, 2 Jul. 2020 (Rec. 4195/2017)*

*TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, S, 23 Sep. 2002 (Rec. 2738/1998)*

*TSJGA, Sala de lo Social, S, 16 Jun. 2020 (Rec. 5330/2019)*

### Comentarios

#### Resumen

La superación de concurso-oposición conforme a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, para cobertura de plazas temporales en la Administración Pública, cuando la contratación es en fraude de ley, no permite la adquisición de la condición de fijeza, debiendo declararse que la relación es indefinida no fija, puesto que la superación del proceso selectivo para acceder a puesto de trabajo temporal asegura los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad para acceder a dicha plaza, pero no los garantiza para ocupar una plaza fija que deberá sentar sus propias bases para acceder a la misma.

**I. Datos de identificación**

Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala 4ª), núm. 1163/2021, de 25 de noviembre de 2021 (Rec. 2337/2020)

**II. Resumen del fallo**

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Xunta de Galicia, y se casa y anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 16 de junio de 2020 (Rec. 5330/2019 (LA LEY 85279/2020)), confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Ourense, de 25 de junio de 2019 (procedimiento núm. 403/2019), que estimó la demanda presentada por la actora declarando indefinida no fija la relación que le unía con la Consellería de Economía, Emprego e Industria, desde el 14 de abril de 2010 y categoría de maestro de taller.

**III. Antecedentes de hecho**

La actora empezó a prestar servicios para la Fundación para o Fomento da Calidades Industrial e o Desenvolvemento Tecnolóxico de Galicia, que es un medio propio instrumental y de servicio técnico de la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia, mediante contrato por obra de 14 de abril de 2010.

La Fundación publicó el 6 de marzo de 2010 las bases de la convocatoria para cubrir 4 puestos de auxiliar técnico, realizándose la selección el 5 de abril de 2010.

Por sentencia de instancia se declaró indefinida no fija la relación laboral entre las partes desde el 14 de abril de 2010 con la categoría de maestro de taller. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de junio de 2020, revocó dicha sentencia, declarando que la actora tiene la condición de fija de la Administración.

**IV. Disposiciones aplicadas**

- Constitución Española (LA LEY 2500/1978) (CE), arts. 24, 23.2 y 103.3
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015) (ET), art. 15.3 ET (LA LEY 16117/2015)

— Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (LA LEY 16526/2015) (EBEP), arts. 8, 1c), 11,3, 55 y 70

## **V. Doctrina del Tribunal Supremo**

### **1. Cuestión casacional**

Se presenta recurso de casación para la unificación de doctrina por la Consellería de Economía, Empleo e Industria de la Xunta de Galicia, planteando como núcleo casacional: si el haber superado concurso-oposición para la cobertura temporal de vacantes, es suficiente para que, constatado el fraude de ley en la contratación, deba admitirse que la relación que une a las partes tiene naturaleza indefinida (fija) o indefinida no fija.

**2. La solución:** *no se adquiere la condición de fijeza en la Administración Pública por haber superado procesos selectivos para convocatorias temporales de plazas*

La Sala 4ª comienza sistematizando la normativa aplicable, para recordar que el acceso a la función pública se regulará conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con los arts. 8.2 c), 11.1, 55 y DA 1ª EBEP, siendo de aplicación la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, aplicado por la Directiva 1999/70/CE (LA LEY 7675/1999).

### **A) La jurisprudencia previa**

Continúa recordando la Sala 4ª su jurisprudencia anterior en relación a que la superación de un proceso de selección para la contratación temporal por una Administración pública no supone que, si el contrato temporal es fraudulento, el trabajador adquiera la condición de fijo. En particular refiere:

— STS 02-07-2020 (Rec. 4195/2017 (LA LEY 72761/2020)), en relación a la superación de un proceso selectivo para puesto temporal por trabajador de una entidad de derecho público, y su condición de indefinido no fijo cuando el contrato fue en fraude de ley.

— SSTS 17-09-2020 (Rec. 154/2018 (LA LEY 127912/2020)), 30-09-2020 (Rec. 112/2018 (LA LEY 131856/2020)), 26-01-2021 (Rec. 71/2020 (LA LEY 1269/2021)), 05-10-2021 (Rec. 2748/2020 (LA LEY 180254/2021)), en que se declaró la relación como indefinida no fija, cuando el puesto temporal fue en fraude de ley, habiendo pasado un proceso selectivo consistente en una entrevista y valoración del CV

— STS 16-11-2021 (Rec. 3245/2019 (LA LEY 223369/2021)), que por el contrario sí reconoció la condición de trabajadora fija de AENA a una trabajadora que superó un proceso selectivo para cobertura de plaza fijas, sin obtener plaza, pasando a la bolsa de candidatos con reserva, suscribiendo un contrato temporal que no tenía dicha naturaleza. En este supuesto, la solución contraria se centró en la interpretación del art. 25 del I CC del Grupo de empresas AENA, que determinaba que la bolsa de candidatos en reserva constituida por quienes hubiera superado las pruebas selectivas para la contratación de personal fijo se utilizaría *«para posteriores contrataciones con carácter fijo o temporal de la misma ocupación»*.

### **B) La influencia de la normativa comunitaria y doctrina del TJUE**

Para fundamentar su conclusión, la Sala 4ª refiere a que la figura del indefinido no fijo, de creación jurisprudencial con la que se pretendió solucionar el conflicto entre dos principios: *«la estabilidad en el empleo cuando se vulneran las normas que disciplinan el contrato temporal y el acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad»*, se consideró, por las SSTJUE de 14-09-2016, C-184/15 (LA LEY 111187/2016) y C-197/15, asuntos Martínez Andrés y Castrejana López, de 3 de junio de 2021 (C-726/19), asunto Imidra, como una medida apta para sancionar la utilización abusiva de contratos de duración determinada, ya que puesto que el Acuerdo Marco carece de efecto directo, se puede aplicar una disposición de Derecho nacional que le sea contraria.

### **C) El avance de la solución: distintas exigencias de mérito y capacidad para plazas fijas y temporales**

Cierra su argumento la sentencia señalando que conforme al art. 11.3 EBEP (no aplicable por razones temporales), los principios exigidos para el acceso a un puesto fijo (publicidad, igualdad, mérito y capacidad), no son los mismos que los exigidos para el acceso a un puesto temporal (celeridad por razones de necesidad y urgencia), de forma que conforme a la doctrina de la Sala 3ª del TS (STS de 23 de septiembre de 2002 (Rec. 2738/1998 (LA LEY 7875/2002))), los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad *«no pueden proyectarse con el mismo nivel de intensidad sobre el personal interino (...) habida cuenta de que (...) se trata de cubrir necesidades sobrevenidas y perentorias, insusceptibles de una cobertura previamente planificada»*.

### **3. La solución definitiva**

Conforme a lo anterior, la conclusión que alcanza la Sala 4ª del TS es clara: la mera superación de proceso selectivo para la suscripción de trabajo temporal no garantiza que se hayan cumplido los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público exigidos por el Derecho

Nacional. Y pone un ejemplo: *«podría suceder que una Administración pública convocase un proceso selectivo para cubrir varios puestos de trabajo vacantes mediante contratos temporales, que los contratos de los trabajadores que obtuvieron mayor puntuación en el proceso selectivo se extinguieran lícitamente por la cobertura reglamentaria de las plazas que ocupaban porque tenían naturaleza temporal; mientras que el trabajador que obtuvo peor puntuación en el proceso selectivo, al ser destinado a un puesto de carácter estructural, adquiriría la condición de trabajador fijo de la Administración Pública»*. Añade que existen muchos ciudadanos que están preparando oposiciones para plazas fijas, por lo que el carácter temporal de la convocatoria podría desincentivarles para presentarse a las mismas, de forma que si la plaza convocada fuera fija, posiblemente se habrían presentado muchos más ciudadanos.

### **3. Los Votos particulares**

La sentencia contiene dos interesantes Votos particulares. El primero, discrepante, y el segundo en que se defiende la necesidad de plantear cuestión prejudicial al TJUE sobre la figura del indefinido no fijo.

#### **A) El Voto particular discrepante**

Como se ha avanzado, la sentencia contiene un Voto particular discrepante que suscribe una única Magistrada. Entiende que debería haber reconocido la condición de fija en la Administración de la actora. El argumento que esgrime parte de un análisis de la finalidad de la creación jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo. Continúa con un tirón de orejas al legislador, al considerar que la solución alcanzada por la Sala 4ª no ha tenido, en más de 25 años desde su creación, ningún reflejo normativo, ni siquiera en el EBEP, ya que no se arbitró *«un sistema que permita ordenar normativamente la situación de los trabajadores contratados temporalmente en fraude de ley»*, debiendo la propia Sala 4ª ir delimitando la figura al hilo de las innumerables cuestiones que se le han ido planteando (contratación inusualmente larga, contratados por sociedades mercantiles públicas, indefinido no fijo de carácter discontinuo). Para continuar, recurre a la doctrina del TJUE, principalmente a la del ATJUE 30-09-2020, que determinó que una legislación que prohíbe en el sector público la transformación de sucesivos contratos de duración determinada en un contrato por tiempo indefinido, si no contiene ninguna otra medida para evitar la utilización abusiva de la contratación temporal, es contraria al art. 5 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, lo que no acontece en el ordenamiento jurídico español, que sólo prevé la conversión del contrato en indefinido no fijo; y el Derecho de la Unión tiene prevalencia o primacía sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debiendo la Sala 4ª *«aplicar la norma nacional de forma que el efecto útil de la Directiva comunitaria quede preservado»*. Continúa la argumentación señalando que conforme al art. 11.3 EBEP, los procesos de selección, tanto de personal fijo como temporal, deben

regirse conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, añadiéndose el de celeridad para la contratación temporal.

Todo ello le lleva a concluir que también en los procesos selectivos para la contratación temporal han regido los principios de igualdad, mérito y capacidad, por lo que una decisión de la Administración de convocar una plaza temporal, no puede perjudicar al trabajador que se presenta y supera dicho proceso.

#### **B) El Voto particular que entiende debería consultarse al TJUE**

El segundo Voto particular, que suscribe igualmente un único Magistrado, sostiene que debería elevarse consulta sobre la adecuación de la figura del indefinido no fijo al Derecho de la Unión, en particular, al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada. Parte el argumento, como en el Voto particular anterior, de que la figura del indefinido no fijo se creó y se ha ido modelando a lo largo del tiempo a golpe de jurisprudencia de la Sala 4ª del TS, por lo que entiende que la consulta debería estructurarse en diversas partes: 1) La primera, inventariando los criterios jurisprudenciales sobre la figura del indefinido no fijo; 2) La segunda, explicando las razones por las que se tuvo la necesidad de crear la figura, en particular, por la previsión constitucional de que el acceso al empleo público esté presidido por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de forma que no se puede adquirir la condición de fijeza, sin vulnerar la CE, por la existencia de fraude en la contratación, existiendo mecanismos que permiten diferenciar al personal indefinido no fijo del meramente temporal (no válida terminación del contrato, derecho a seguir prestando servicios hasta la convocatoria de pruebas de acceso, etc.); y 3) La tercera, aclarar al TJUE que la figura del indefinido no fijo es distinta de la del trabajador temporal, equiparando los derechos a los trabajadores fijos.

#### **VI. Comentario final**

En un artículo publicado en el Diario La Ley, núm. 9893, 2021, titulado «*El contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo y la respuesta del Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio (LA LEY 15496/2021)*», ya aventuré que en un futuro próximo seríamos testigos de nuevos planteamientos en torno a las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas, y propuse que descansáramos en el verano para enfrentarnos a los nuevos problemas y diversas soluciones que se darían a los mismos.

El tiempo me ha dado la razón, el que en su momento denominé «melón» que abrió la STJUE 03-06-2021, C-726/19 (LA LEY 57644/2021), asunto IMDRAA, y que tuvo su reflejo en la SSTS (Pleno) 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019 (LA LEY 79583/2021)) y siguientes, vuelve a abrirse. Esta vez,

en un paso más, se pretende la adquisición de la condición de fijeza (¿y por extensión de la adquisición de la condición funcional?), de quienes superan procesos selectivos.

El Tribunal Supremo ha sido claro: si el concurso-oposición es para plaza temporal, no se puede adquirir la condición de fijo, pero ¿y si no el concurso-oposición fuera plaza fija? ¿cambiaría la conclusión? Hasta el momento, todo parece abogar por que será así cuando en el convenio colectivo de aplicación se prevea como criterio de acceso, la superación de procesos selectivos conforme a los criterios de igualdad, mérito y capacidad. Pero, ¿y en el resto de supuestos?

El Voto particular discrepante entiende que cuando el proceso selectivo se nutre de dichos principios, si se supera, nada impide la conversión del contrato en fijo de la Administración, pero no profundiza en aspectos relevantes como la obligación constitucional de publicidad de la convocatoria, o en aspectos particularizados como que el proceso selectivo sea para promoción profesional, lo que exigiría ya estar contratado.

Tendremos que estar pendientes de futuros (próximos) pronunciamientos al respecto, que seguro que nos plantearán nuevos interrogantes y provocarán (me aventuro nuevamente a pronosticar), nuevos diálogos entre el TJUE y el TS, como así propone el segundo Voto particular de la sentencia. De momento, la jurisprudencia parece consolidada, puesto que la conclusión ahora alcanzada se ha reiterado en la STS 1165/2021, 25-11-2021 (Rec. 3951/2019), en relación a un profesor de universidad interino por vacante. La realidad nos demuestra que pronto, muy pronto, vendrán otros problemas, seguramente sorprendentes, y que llevará a que la doctrina académica derroche ríos de tinta.