

Del indefinido no fijo al laboral fijo de plantilla. Nuevos aires para nuevos tiempos

MARCOS PEÑA MOLINA

Abogado. Letrado de Administración local en excedencia.

Doctorando.

mpe@montero-aramburu.com

1. **Disrupciones en el modelo de relaciones laborales**
2. **Origen del indefinido no fijo: infracciones laborales cualificadas**
3. **Nuevas consecuencias ante irregularidades contractuales temporales: fijo de plantilla**
4. **A modo de conclusión**

Resumen

El abuso y/o fraude en la contratación laboral tuvo a partir de los años 90 una reacción judicial que propició la figura jurisprudencial del indefinido no fijo. La evolución jurídica de esta respuesta judicial ha ido perfilando un tipo de empleado público extralegal, cuyos derechos y obligaciones son compartidos con los laborales fijos de plantilla.

Sin embargo, nuevos pronunciamientos judiciales han ido un paso más allá, considerando que la reacción judicial ante un abuso o fraude en la contratación laboral temporal, en algunos casos, no provoca la indefinición, como indeterminación laboral para su término, sino la propia fijeza del empleador en la organización pública que lo contrata. La causa: la existencia de un proceso selectivo *adecuado constitucionalmente*.

Dicha adjetivación será el nuevo campo de batalla a abordar en la dialéctica judicial, a fin de acreditar que los principios constitucionales de acceso estuvieron presentes en una torcida contratación laboral temporal para un puesto que era básico por estructural.

Artículo recibido el 13/11/2019; aceptado el 15/03/2020.

Palabras clave: *empleo; público; indefinido; fijo; sanción; Administración; laboral; fraude; proceso; selectivo; interino; abuso; infracción.*

From the undefined not fixed to the fixed labour personnel. New times are coming

Abstract

The abuse and/or fraud in the employment contract had a judicial reaction in the 90s that led to the jurisprudential figure of the undefined not fixed labour contract. The legal evolution of this judicial response has been shaping a type of extra-legal public employee whose rights and obligations are shared with the permanent personnel.

However, new judicial pronouncements have gone a step further, considering that the judicial reaction to an abuse or fraud in temporary employment, in some cases, does not cause undefinition, understood as an indeterminacy in the finalization of the work, but the employer's own fixation in the public organization that hires him/her. The cause: the existence of a constitutionally appropriate selective process.

This is the new battlefield to be addressed in the judicial arena, in order to prove that the constitutional principles of access were present in a crooked temporary employment contract for a position that was basic by structural.

Keywords: employment; public; indefinite; fixed; sanction; Administration; labour; fraud; process; selective; interim; abuse; infraction.

1

Disrupciones en el modelo de relaciones laborales

A nadie se le escapa que vivimos tiempos convulsos que afectarán de manera decisiva al empleo en el sector público. El necesario cambio de paradigma y del concepto clásico capitalista de empleo* está padeciendo una

* Como concepto sociológico que va naciendo desde la Ilustración y que se desliga del de trabajo, en el que se subraya como una nota característica del mismo: la fijación del trabajador al puesto de trabajo y a una racionalización del proceso del trabajo que queda como una relación laboralizada, reglamentada y temporalmente determinada. Vid. KÖHLER, H.-D. y MARTÍN ARTILES, A., *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales*, Delta Publicaciones, Madrid, 2005, pp. 21-23.

transformación como consecuencia, cada vez mayor, de una individuación en la prestación de los servicios remunerados bajo un único y exclusivo patrón.

El bajo salario se quiere compensar con una inexistencia en la prestación de los servicios, una autonomía en la autoorganización prestacional y una independencia organizativa. El trabajo se transformará en servicios autónomos de un profesional que deberá “vender” a todo aquel que necesite, mediata o inmediatamente, su prestación. Servicios desvinculados y sin integración en dependencias organizativas o, a pesar de estar integrados en las mismas, no por ello dependientes o jerarquizados. De trabajos por cuenta ajena se pasará a servicios personales independientes, sin que la participación en una organización de servicios suponga dependencia o ajenidad. La nueva categorización llevará a entender los servicios por cuenta propia como servicios propios por cuenta mutua.

Si el mercado privado de las relaciones laborales está padeciendo dicha transformación, aunque el legislador político todavía no se haya enterado, la interrelación de prestaciones en el ámbito de los servicios públicos no es ajena a dichos cambios.

Ahora, no me estoy refiriendo a lo que ya se está implementando (y de lo que todo el mundo quiere hablar), como es la sustitución del sistema burocrático y racional de gestión administrativa por el sistema artificial y automatizado de ejecución algorítmica, sino a los cambios jurisprudenciales de segundo nivel que, a base de sentencias individuales, van rompiendo la concepción tradicional del indefinido no fijo como aquel personal laboral que nacía de una sanción judicial a una práctica fraudulenta en la contratación del empleado público temporal.

2

Origen del indefinido no fijo: infracciones laborales cualificadas

Este escribiente no es ajeno, por supuesto, a la asentada y tradicional jurisprudencia sobre el nacimiento del indefinido no fijo, cuyas causas pueden resumirse en la tensión entre los principios constitucionales de acceso con la sanción prevista en el artículo 15.3 del ET, cuando la Administración, actuando como empresaria y sometándose como tal al derecho laboral, incumplía las reglas de contratación mediante el oportuno fraude (la doctrina unificada se encuentra en STS de 10 de febrero de 2010, rec. 2305/2009, en la que el magistrado D. Luis Gil Suárez realizó un voto particular al que se adhirieron otros cinco señalando, claramente, que entre las figuras del indefinido no

fijo y el fijo de plantilla, en base a nuestro ordenamiento jurídico, no había argumentación para aceptar dicha distinción).

Al respecto es importante señalar que la figura del indefinido no fijo fue y es objeto de evolución, y lo fue por causa de lo que vino a denominarse “infracciones especialmente cualificadas” (STS 31/05/1991).

Para proceder a la readmisión del trabajador con un régimen que empezaba a vislumbrarse como indefinido, se diferenciaron de las meras irregularidades las infracciones cualificadas, esto es, los abusos más abyectos en la contratación y en la temporalidad.

Es, como hemos dicho, a partir de los años 90 cuando se configura ese *tertum genus*, para salvaguardar los derechos de los trabajadores que se hallaban en fraude de ley.

La evolución de la figura del indefinido no fijo la ha acercado claramente al fijo de plantilla. Así ha sido afirmado tajantemente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la sentencia 352/2018, de 2 de abril, rec. 27/2017, donde viene a decir lo siguiente:

“La categoría de trabajadores indefinidos no fijos, como tantas veces se ha explicado, vino a resolver una compleja concurrencia de preceptos: los que abocan a declarar la fijeza del contrato de trabajo y los que exigen respeto a principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad) para acceder a un empleo fijo en el sector público. El legislador se ha hecho eco de ella de modo tan impreciso como polémico en el EBEP (pues realmente se quiso contemplar el supuesto del profesorado de Religión, pero sin especificarlo en el texto normativo) y en el ET (disposición adicional 15.ª: ‘el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo’).”

Y sigue diciendo:

“La figura del indefinido no fijo tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo”.

“La diferencia pues entre ‘indefinido no fijo’ y ‘fijo’ puede estar, en su caso –se insiste– en la causa de extinción del vínculo contractual”.

Como resumen, la respuesta dada por la jurisprudencia hasta ahora es que el indefinido no fijo no tiene diferencias con el fijo (en cuestión de derechos y obligaciones, aunque también es una cuestión discutida, como sabemos), salvo cuando llegue su término, que podrá ser un proceso selectivo o una amortización de la “plaza”.

3

Nuevas consecuencias ante irregularidades contractuales temporales: fijo de plantilla

Lo anteriormente citado supone la regla general en la reacción judicial ante contrataciones laborales temporales fraudulentas, en las que, a mi criterio, debería también incluirse, de forma directa, y no solo acumulativa o *circunstancial*, como últimamente se exige (véase STS 4/7/2019, rec. 2357/2018), al interino por vacante en supuestos de no ejecución de la OEP en tiempo y forma, mediante el incumplimiento no solo del 70.1 del TREBEP, sino también del artículo 10.4 del mismo cuerpo legal básico de función pública.

Nos hallamos ante un claro mandato legal hacia el empleador público, con cuyo incumplimiento, si no conlleva una reacción jurídica o unas consecuencias legales proporcionales por mor de la inactividad o pasividad, sin que el afectado o afectados puedan intimar a la Administración pública por la vía del artículo 29 de la LJCA, la norma imperativa se convierte no solo en una mera regla privada dispositiva, sino en una suerte de declaración de intenciones o de buena voluntad. Poco más.

Dicho lo anterior, se abre camino una nueva tendencia judicial ante incumplimientos contractuales, e incluso podrían denominarse incumplimientos de naturaleza organizativa, donde la sanción judicial ya no es la del indefinido no fijo, sino la de ser fijo de plantilla.

La lógica de la decisión judicial en estos nuevos casos se presenta de forma clarividente por su iluminada racionalidad.

Permítanme resumirla en la siguiente argumentación: si el indefinido no fijo nace como consecuencia de que al empleado se le ha contratado sin proceso de selección alguno, cuando un temporal que realiza funciones estructurales supera un proceso selectivo de acceso, la sanción judicial no puede ser la de indefinición sin fijeza, sino la propia fijeza, novándose como empleado público de plantilla.

Esta es la *ratio decidendi* de la sentencia de 28 de junio de 2018, dictada en el recurso 1102/2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Dice el Alto Tribunal autonómico (FJ 3.º):

“En definitiva, si la sanción ante el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal para el sector privado es la declaración de indefinición equivalente a fijeza, y el motivo de que no se aplica esta doctrina en el sector público –y sí la figura del indefinido no fijo– es porque ello supondría que accedan a puestos fijos personas que no ha superado un proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y

capacidad, no puede aplicarse la misma solución cuando sí se ha seguido ese proceso selectivo. Es la Administración pública la que ha optado por una contratación temporal fraudulenta cuando los puestos de trabajo eran de naturaleza estructural y por lo tanto deberían de haber sido convocados como fijos desde el principio, sin que el hecho de que la propia Administración hubiera utilizado un proceso selectivo público sin respetar todos los requisitos establecidos en el Convenio Colectivo de aplicación pueda ser utilizado como un argumento en contra de los intereses de los trabajadores, que dado que han sido contratados para realizar labores estructurales, y han superado un concurso oposición deben de ser fijos”.

Esta doctrina ha sido reiterada por el propio Tribunal en sentencia de 15 de mayo de 2019, en el recurso 280/2019.

Igualmente, esta decisión judicial ha sido acogida por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Ourense, en la sentencia 597/2019.

Haciendo un análisis del argumento que conlleva la decisión que acabamos de exponer, se ha de decir que para que pueda nacer la fijeza sería necesario que concurrieran tres presupuestos, a saber:

- a) la existencia de un proceso selectivo reglado;
- b) la celebración (inadecuada) de un contrato laboral temporal;
- c) la ocupación de un puesto de trabajo estructural.

La concurrencia de estos tres presupuestos, de acuerdo con la jurisprudencia citada, daría lugar a que el empleado público temporal fuese declarado fijo de plantilla.

En la apreciación judicial de estos tres presupuestos, el que deberá ser sometido a mayor análisis será el primero de todos ellos.

La razón estriba en que dichos procesos selectivos deberán, a ojos del juzgador, cumplir con las exigencias legales de los principios constitucionales de acceso, es decir, con los principios de capacidad, mérito, igualdad y publicidad.

El proceso selectivo que se lleve a cabo deberá diferenciarse de un mero sistema de reclutamiento, para que aquel pueda estimarse que goza del nivel de intensidad constitucional necesario para acceder a un puesto público en condiciones de fijeza.

Esta consideración es importante por cuanto que es práctica común reclutar mediante entidades públicas o privadas de intermediación e inserción laboral. A efectos de ser considerados procesos selectivos adecuados constitucionalmente, estos no lo serían, y por tanto no cumplirían el primer condicionamiento.

Las ofertas genéricas a entidades públicas de inserción laboral, si no van seguidas de procesos selectivos reglados que vengan a cumplir las exigencias

del artículo 55 del TREBEP, no pueden ser consideradas pruebas de acceso público aptas constitucionalmente, ni siquiera cuando se recurre a ellas con carácter de urgencia para el nombramiento de interinos (puede verse la Resolución del Defensor del Pueblo Andalúz de 4 de junio de 2012, formulada en la queja 11/4941).

Es evidente que se tratará de un tema de prueba judicial. No obstante, lo que nos deja claro, por ahora, la sentencia del Juzgado de Ourense es que un concurso de méritos y una entrevista gozan de la intensidad constitucional necesaria para concluirse que se trata de un proceso selectivo acorde con los artículos 23.2 y 103 de la CE, así como con los artículos 55 y 61.7 del TREBEP.

4

A modo de conclusión

La disrupción en los modelos de relaciones laborales no solo está afectando a las clásicas categorías de trabajadores, sino también a las prestaciones de servicios de naturaleza laboral que se originan en el seno de las Administraciones públicas.

El clásico refugio inatacable para decidir desde lo público la propia organización del personal, así como la naturaleza de los vínculos jurídicos que unen a estos con su entidad pública, cada vez se encuentran más sitiados no solo por decisiones judiciales que derivan de tribunales supranacionales, en aplicación de un derecho que goza de preferencia sobre el dictado por el legislador nacional, sino también por reacciones jurídicas internas que exigen, con mayor intensidad, una administración pública vinculada a la ley y al derecho (art. 103.1 de la CE), y por tanto con un claro respeto a la legislación laboral (STS de 18 de marzo de 1991), a pesar de ser un personal, el laboral, al que por decisión del constituyente no se le aplica el artículo 23.2 de la CE y, por tanto, su apéndice, el artículo 103.3 del texto constitucional (entre otras, STC 86/2004, de 10 de mayo), de ahí que sea excluido como personal propio para ejercer potestades públicas o para ocupar puestos con participación en intereses generales. No obstante, se estima que es un tema discutido y discutible para abordar en otro trabajo.

La reacción judicial clásica sobre el abuso o fraude en la contratación laboral temporal sigue siendo, con carácter general, el indefinido no fijo, esto es, un personal con puesto, pero sin plaza (STSJ de Andalucía de 6/4/2010, Sala Social, rec. 38/2010). Sin embargo, se va abriendo camino una fisura o, si se quiere, una apertura en dicha doctrina jurisprudencial, que no es sino la consideración de que estamos ante un personal laboral fijo cuando la Admi-

nistración pública, tras un proceso selectivo, *constitucionalmente adecuado*, utiliza su poder de contratación para cubrir un puesto de estructura de forma temporal.

A ese desvío del poder público no se le opone la indefinición temporal, sino la fijeza de plantilla.

Un paso más (o menos) según se mire en la construcción de una Administración que debe guardar un respeto absoluto en el cumplimiento de la legalidad, particularmente en la utilización de las modalidades contractuales temporales, sin que todas ellas quepan en la organización pública, ni mucho menos.