

EL “INDEFINIDO NO FIJO” Y EL SECTOR PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS

THE “UNFIXED UNDEFINED” AND THE PUBLIC SECTOR IN OUR COUNTRY

Jorge Baquero Aguilar

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

jbaquero@uma.es [ORCID_0000-0002-8524-7947](https://orcid.org/0000-0002-8524-7947)

Recepción de trabajo: 26-09-2020-Aceptación: 28-09-2020

RESUMEN

Dos recientes sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas 17 y 18 de junio de 2020 han unificado doctrina en relación a las consecuencias de la apreciación del fraude de ley o del abuso en la contratación temporal en las Sociedades Mercantiles Estatales. Hasta el momento, los trabajadores que se encontraban en esa situación eran considerados trabajadores fijos de plantilla de dichas mercantiles enmarcados dentro del régimen laboral común. No obstante, estas dos sentencias dan un giro jurisprudencial importante al respecto cambiando el criterio seguido hasta el momento por nuestro alto Tribunal considerándose a los trabajadores que se encuentran dentro de este colectivo como "indefinidos no fijos" en vez de fijos de plantilla.

PALABRAS CLAVE: indefinido no fijo; sector público; jurisprudencia

ABSTRACT

Two recent judgments of the Plenary of the Social Chamber of the Supreme Court dated June 17 and 18, 2020 have unified doctrine in relation to the consequences of the appreciation of law fraud or abuse in temporary hiring in State Mercantile Societies. Until now, the workers who were in this situation were considered permanent employees of these companies framed within the common labor regime. However, these two judgments give an important jurisprudential turn in this regard, changing the criterion followed so far by our High Court, considering the workers who are within this group as "permanent non-fixed" instead of permanent staff.

KEYWORDS: indefinite not fixed; public sector; jurisprudence

1. EL “INDEFINIDO NO FIJO” Y EL SECTOR PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS

Dos recientes sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas 17 y 18 de junio de 2020 han unificado doctrina en relación a las consecuencias de la apreciación del fraude de ley o del abuso en la contratación temporal en las Sociedades Mercantiles Estatales. Hasta el momento, los trabajadores que se encontraban en esa situación eran considerados trabajadores fijos de plantilla de dichas mercantiles enmarcados dentro del régimen laboral común. No obstante, estas dos sentencias dan un giro jurisprudencial importante al respecto cambiando el criterio seguido hasta el momento por nuestro alto Tribunal considerándose a los trabajadores que se encuentran dentro de este colectivo como “*indefinidos no fijos*” en vez de fijos de plantilla. Lo que provoca un cambio de considerable importancia en relación al asunto que venimos tratando.

La figura del “*indefinido no fijo*”; de creación jurisprudencial con cierto recorrido ya en nuestro país, da una solución a aquellos trabajadores que devienen de un fraude en la contratación laboral irregular dentro de las Administraciones Públicas otorgándoles cierta “*estabilidad relativa*” dentro de nuestras Administraciones. Y decimos “*estabilidad relativa*” puesto que serán considerados como parte del empleo público de nuestro país hasta que se convoque la plaza que ocupan o hasta que se amortice la misma.

La importancia de estas recientes sentencias de las que tan sólo dispongo de una de ellas (STS 2137/2020 - ECLI: ES:TS:2020:2137) radica en que; como hemos dicho, hasta el momento, los trabajadores que se encontraban en dichas circunstancias no eran considerados dentro de esa categoría. Y esto es algo que, desde nuestro humilde punto de vista, podrá acarrear en el futuro que se abra un poco más si cabe la “*caja de los truenos*” dentro de nuestras Administraciones. Y lo manifestamos así por lo siguiente: el acceso al empleo público de nuestro país está regulado en nuestra Carta Magna en los artículos 23 y 103 de la misma. Artículos directamente relacionados con el 14 de la Constitución que reflejan el mandato constitucional de acceder al empleo público de nuestro país dentro de un marco de igualdad, mérito y capacidad. Ese mandato lo recoge el artículo 55 del TREBEP de 2015 cuando nos dice en su apartado 1 que “*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*”. En ese sentido, el apartado 2 del mismo artículo nos viene a decir que “*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, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases, b) Transparencia, c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección*”.

EL "INDEFINIDO NO FIJO" Y EL SECTOR PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS

Antes de seguir con esta disertación, queremos hacer constar el hecho de que no estamos en contra de la preservación de los derechos de los trabajadores que se encuentran en dichas circunstancias, sino que todo lo contrario. Pero ello no es óbice para que pongamos de manifiesto un problema estructural de fondo que poseen nuestras Administraciones Públicas. Problema al que ahora se une una parte de nuestro Sector Público Institucional y Empresarial. Y es que nos encontramos con que; derivado de estas circunstancias y de las resoluciones jurisprudenciales al respecto, se está produciendo en nuestro país una importante dicotomía en relación al respeto de los principios constitucionales en el acceso al empleo público en directa contraposición con el respeto a los derechos adquiridos por parte de estos trabajadores que han sufrido un fraude de ley o un abuso en la contratación temporal (respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad *versus* respeto a los derechos laborales adquiridos).

Hemos hecho alusión anteriormente a la apertura un poco más si cabe de la "caja de truenos" dentro de nuestras Administraciones Públicas en relación a esta cuestión. Pero no es la única al respecto; y es por lo que hemos hecho alusión también al problema estructural de nuestras Administraciones en ese sentido. Recordemos el todavía no resuelto asunto de los interinos en nuestro país que todavía parece que va a seguir derramando ríos de tinta tanto jurídica como doctrinal. En la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 4 de Alicante/Alacant; Sentencia 252/2020 de 8 de Junio de 2020 (Rec. 813/2019), la Magistrada Ponente (María Begoña Calvet Miró) falla a favor de una interina con 13 años de servicio para la Administración "... reconociéndole como situación jurídica individualizada el derecho de la recurrente al reconocimiento de su condición de empleado público fijo y a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir la condición de funcionario de carrera".

Y la sentencia a la que hemos hecho referencia da cierta estabilidad a los indefinidos no fijos dentro de las mercantiles públicas. Toda esta cuestión pone de manifiesto el hecho de que nuestras Administraciones Públicas y nuestro empleo público tienen un problema estructural importante en relación al acceso al mismo derivado de este tipo de cuestiones que no termina de resolverse; sino que todo lo contrario. Coincido desde mi humilde posición con muchos de los autores de reconocido prestigio de nuestro país en el sentido de que se hace necesaria una reforma de nuestra legislación que ponga fin a todo este tipo de cuestiones que imposibilitan de una u otra forma que el acceso al empleo público de nuestro país se desarrolle conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Además de terminar con toda la controversia legal y litigiosidad que despiertan estas situaciones. Sin contar con el hecho de que derivado de este tipo de cuestiones se está produciendo dentro de nuestras Administraciones otra serie de consecuencias de notable consideración como pueden ser la desregulación de las relaciones laborales, la precarización del empleo dentro de las mismas, las altas tasas de temporalidad, la posible "discrecionalidad" en los procesos de selección, etc.

Recientemente se ha producido un anuncio por parte de las diversas administraciones de nuestro país (Estatad, Autonómica y Local) en el que acuerdan impulsar la reforma del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público con el objetivo de adaptarlo a las necesidades actuales. La Conferencia Sectorial encarga a la Comisión de Coordinación del Empleo Público que "elabore en dos

EL "INDEFINIDO NO FIJO" Y EL SECTOR PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS

meses la propuesta de reforma"; con los objetivos de impulsar el teletrabajo y reducir la temporalidad en el empleo público. También se habla por parte de la Ministra Carolina Darias del hecho de que se presentará un Proyecto de Ley de Función Pública de la Administración General del Estado. Dejando a un lado la declaración de la necesidad de hacer frente al teletrabajo como una herramienta de futuro necesaria dentro de Administraciones Públicas de nuestro país; y para lo que nos interesa para esta disertación, en ese anuncio se pone de manifiesto el hecho de que nuestras Administraciones Públicas tienen un *"problema estructural de falta de plantillas estables, por la elevada temporalidad en el empleo público"*. Recordemos que casi un tercio de los empleados públicos de nuestro país se encuentra en una situación de temporalidad. En ese sentido ya hubo un acuerdo entre sindicatos y administraciones para llevar a cabo un plan de reducción de la temporalidad dentro de las administraciones públicas hasta alcanzar el 8%, lo que ha llevado a un notable y considerable aumento de las ofertas de empleo en los últimos años 2017, 2018 y 2019 (el gobierno ha impulsado la mayor oferta de empleo público de los últimos 11 años con la creación de 33.793 plazas). De forma expresa, en esa misma declaración, se nos manifiesta la necesidad de evitar *"... que se generen nuevas bolsas de empleo temporal, intensificando el control y la responsabilidad de los gestores"*; con la idea de *"... abordar una revisión de la normativa básica estatal para reformular las consecuencias del incumplimiento de las previsiones normativas en materia de control de la temporalidad"*.

Queremos entender que este anuncio engloba de forma general toda la problemática del empleo público en todas las dimensiones existentes en la actualidad. Para ello, la Comisión de Coordinación del Empleo Público va a ser la encargada de elaborar una propuesta de reforma del TREBEP con la idea de abordar desde un punto de vista normativo todas estas cuestiones. Clara parece estar la manifestación por parte del Ministerio de Política Territorial y Función Pública al respecto. Parece haber una intención clara de poner coto a este tipo de situaciones y de definir definitivamente estas aporías normativas desde un punto de vista legislativo.

La experiencia de los años ha demostrado que cuando se ha intentado legislar en pro de una modificación sustantiva de la normativa para regularizar este tipo de cuestiones; al final, el legislador ha optado por tomar medidas que han regularizado ciertas situaciones de temporalidad, ha clarificado ciertos matices que planteaban graves problemas y una enorme litigiosidad ante los Tribunales; pero no ha terminado de resolver una cuestión de fondo y estructural que posee nuestro empleo público. ¿Falta de interés? ¿Falta de valentía política? ¿O es tan sólo una situación a la que realmente no se quiere hacer frente?

1 Para lo que actualmente tan sólo existe un Acuerdo de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas firmado el pasado 21 de febrero por el Gobierno y los agentes sociales donde se propone la introducción de un artículo 47 bis en el TREBEP que regulará de forma genérica dicha cuestión dejando un amplísimo margen a la negociación colectiva.