

EAPC - Comentaris d'actualitat en matèria de personal al servei de les administracions públiques catalanes i el seu sector públic



L'enrevessada figura del personal laboral indefinit no fix de plantilla i l'inexplicable silenci del legislador estatal

17-12-2019

Només hi ha una solució definitiva a la inseguretat que genera el vincle creat artificialment per la jurisprudència del personal indefinit no fix de plantilla, i és la intervenció decidida del legislador estatal. Des del seu reconeixement judicial al final de la dècada dels noranta, aquesta figura ha estat mutant permanentment a cop de sentència dels tribunals, que, lluny de clarificar-ne els contorns, encara avui planteja no pocs interrogants i dubtes.

Com és conegut, es defineix el treballador indefinit no fix com la persona que, previ reconeixement d'aquesta condició, presta serveis a l'Administració o als ens i entitats del seu sector públic sense haver superat un procés de selecció subjecte als principis de mèrit, capacitat, publicitat i lliure concurrència. Generalment és el fruit de la resposta judicial a les pràctiques irregulars o fraudulentament en la contractació temporal.

Amb aquest apunt es tracta de concretar les poques certeses existents i destacar els principals problemes que se'n deriven, amb l'única finalitat de facilitar a l'operador jurídic i gestor un coneixement més actualitzat de l'evolució d'aquest assumpte.

El reconeixement legal de la figura del treballador indefinit no fix

El text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre (en endavant, TREBEP), en els articles 8.2 i 11.1, classifica el personal laboral en funció de la durada del seu contracte en fix, per temps indefinit o temporal. Tot i que una part de la doctrina sosté que el TREBEP en cap cas reconeix la figura del personal indefinit no fix, atès que la referència al personal per temps indefinit respon a l'assumpció d'una esmena parlamentària adreçada específicament al professorat de religió, el cert és que la norma de capçalera de l'ocupació pública es despatxa amb aquesta succinta i inquietant referència, no hi ha més regulació: ni se'n defineix la figura, ni s'esmenten els supòsits en què una relació laboral temporal es reconverteix o es transforma en indefinida no fixa.

D'altra banda, la disposició addicional 15 del Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors (en endavant, TRET), sense reconèixer explícitament la figura de l'indefinit no fix, esdevé l'única norma que regula dos aspectes essencials del seu règim jurídic. D'una banda, reconeix que la transformació del vincle temporal a indefinit no fix no comporta cap obstacle per executar l'obligació de cobrir el lloc de treball que s'ocupa mitjançant els procediments ordinaris, d'acord amb el que estableix la normativa aplicable. De l'altra, deixa clar que el treballador indefinit no fix ha de continuar desenvolupant el lloc de treball ocupat fins que es cobreixi pels procediments ordinaris esmentats, moment en què s'ha de produir l'extinció de la relació laboral, llevat que sigui aquest treballador qui accedeixi a l'ocupació pública superant el corresponent procés selectiu.

La creació jurisprudencial de la figura: la solució als diferents interessos concurrents

La fórmula de l'indefinit no fix, la va consolidar l'any 1998 -tot i que l'any 1996 ja es va reconèixer- la jurisprudència de la Sala Social del Tribunal Suprem, en sengles sentències dictades en cassació per unificació de la doctrina (STS de 20 i 21 de gener de 2018). Davant de supòsits de contractació laboral fraudulenta a l'Administració pública, la Sala exposa clarament el debat jurídic plantejat: hi ha dos interessos en joc, l'ordenament jurídic laboral, que defensa l'estabilitat de l'ocupació davant d'una temporalitat no justificada, i l'ordenament jurídic administratiu, que preserva la igualtat en l'accés a l'ocupació pública mitjançant uns processos de selecció basats en els principis de mèrit i capacitat. En aquestes sentències, s'observa una clara divisió de la Sala Social. La minoria (6 de 13 magistrats) s'inclina per la prevalença dels principis de l'ordenament laboral i conclou que cal declarar la fixesa del vincle laboral prescindint de la naturalesa pública de l'ocupador i dels principis constitucionals que sustenten l'accés a l'ocupació pública. La majoria de la Sala (7 de 13 magistrats) sosté que cal conciliar els dos interessos i ho fa mitjançant la figura de l'indefinit no fix de plantilla, de tal manera que: "El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato."

D'aquesta manera, la Sala Social del TS consolida la doctrina segons la qual l'accés en frau de llei determina la conversió del vincle a indefinit no fix. Ens trobem, doncs, amb un vincle laboral sobrevingut, que no pot néixer com a tal, és a dir, les administracions públiques no poden contractar directament treballadors indefinits no fixos, atès que el reconeixement d'aquesta condició només pot ser fruit, com es veurà més endavant, d'una resolució judicial que constata un frau en la contractació temporal.

S'ha de destacar que, amb el temps, la figura de l'indefinit no fix s'ha estès a altres supòsits que no responen a una contractació laboral fraudulenta, la qual cosa suscita el dubte sobre la possibilitat que sigui l'Administració mateixa, en determinats casos, qui reconegui aquesta vinculació sense necessitat de recórrer a una resolució judicial.

Supòsits de reconversió del vincle laboral temporal a indefinit no fix

El primer supòsit de conversió del vincle a indefinit no fix és, com hem dit, el de la **contractació laboral en frau de llei**. Ens trobem, entre d'altres, amb els casos següents: quan no s'assenyala en el contracte clarament l'obra o el servei a realitzar, no se n'acredita l'existència o no es realitzen realment les esmentades funcions o aquestes són clarament estructurals; quan no es pot acreditar la concurrència d'un increment extraordinari de l'activitat en els casos de contractacions eventuais per circumstàncies de la producció; quan no s'identifica el treballador substituït ni la causa en els contractes d'interinitat per substitució, etc. També podem incloure, com a supòsit especial derivat d'una actuació en frau de llei, la **cessió il·legal de treballadors** quan l'empresa cessionària és l'Administració pública (art. 43.4 del TRET).

També es produeix la transformació del vincle laboral en els casos de **superació de les limitacions temporals de les durades dels contractes formalitzats en el sector públic**. Ens trobem amb el supòsit de la disposició addicional 15 del TRET, relativa a l'aplicació de les limitacions de la durada del contracte per obra i servei i a l'encadenament de contractes temporals en les administracions públiques.

Un altre dels supòsits que pot arribar a transformar el vincle temporal en indefinit no fix és la **superació del termini de tres anys per oferir el lloc de treball vacant ocupat en règim d'interinitat** a què fa referència l'article 70 del TREBEP. La jurisprudència, no obstant això, no ha considerat que la superació d'aquest termini hagi de transformar automàticament el vincle sinó que ha entès que cal valorar si la pràctica administrativa es pot qualificar de fraudulenta i ho reconduïx tot plegat a la darrera jurisprudència comunitària relativa als supòsits d'interinitats inusualment llargues.

Finalment, la conversió del vincle a indefinit no fix pot operar per la via de la **successió d'empresa i subrogació de plantilla** de l'article 44 del TRET. És el cas dels treballadors indefinits d'una concessionària l'activitat de la qual reverteix en el sector públic pel mecanisme de successió d'empresa. Malgrat que sigui encara un dels aspectes que no ha estat resolt definitivament, el cert és que una gran part de la jurisprudència contenciosa ha entès que la vinculació indefinida no fixa és la procedent en els casos de reversió. Algun sector doctrinal ha posat de manifest que en aquest cas la transformació del vincle a indefinit no fix és molt discutible en vista de la Directiva europea 2001/23/CE, de 12 de març, atès que aquesta exigeix que l'assumpció de la plantilla es produeixi amb el mateix règim jurídic i aposta per la creació d'una nova figura de personal subrogat a extingir.

És aplicable la figura del personal indefinit no fix a tots els ens i les entitats del sector públic?

D'acord amb la jurisprudència actual, la figura del personal indefinit no fix és aplicable a tot el sector públic llevat de les societats mercantils. La interlocutòria de la Sala Social del TS de 24 d'abril de 2018 (Rec. 3938/2017), és un clar exponent d'aquesta sorprenent –perquè prescindeix del que disposa el TREBEP- i desafortunada doctrina jurisprudencial -que ja vam tenir ocasió de comentar en l'apunt relatiu a la selecció del personal laboral. Aquesta sentència disposa el següent: “En definitiva, a las sociedades mercantiles públicas -sector público empresarial- independientemente de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, ni tampoco el EBEP, por lo que ninguna razón existe para que el fraude en la contratación implique la declaración de la existencia de una relación laboral indefinida no fija, en lugar de indefinida.”

No obstant això, aquesta doctrina ha quedat notablement matisada pel fet que també la jurisprudència del TS reconeix la possibilitat que les societats mercantils del sector públic disposin de personal indefinit no fix si la legislació estatal o autonòmica les obliga a contractar amb observança dels principis constitucionals d'accés a l'ocupació pública. En aquest sentit, s'ha d'assenyalar que la Llei 6/2018, de 3 de juliol, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2018, prorrogada, estableix expressament la subjecció dels processos d'estabilització de les entitats mercantils als principis de lliure concurrència, igualtat, mèrit, capacitat i publicitat (disposició addicional 29), i habilita l'Administració general de l'Estat a establir bases comunes per als processos selectius d'aquestes entitats de dret privat per fer efectius els principis abans esmentats. Aquestes determinacions, en conseqüència, autoritzarien a entendre que les societats mercantils del sector públic poden disposar de personal laboral indefinit no fix.

Qui i com es declara i es reconeix la condició de personal indefinit no fix

La possibilitat que sigui l'Administració mateixa qui pugui declarar unilateralment el caràcter indefinit no fix del vincle laboral en els casos que sigui procedent, ha suscitat molts dubtes. La qüestió va ser objecte de tractament legislatiu en la disposició addicional 34.2 de la Llei 3/2017, de 27 de juny, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2017, i semblava que podia tancar la controvèrsia. D'acord amb l'esmentada disposició, els òrgans de personal no poden atribuir la condició d'indefinit no fix a personal amb un contracte de treball temporal, ni al personal d'empreses que tinguin un contracte administratiu amb l'Administració (en clara referència a la cessió il·legal), llevat que derivi d'una resolució judicial. S'ha d'assenyalar que la referència al personal que prové de contractes i subcontractes (personal d'empreses amb un contracte administratiu) es va declarar inconstitucional en la STC 122/2018, de 6 de desembre, per motius estrictament formals (el contingut excedia els límits materials de les normes pressupostàries). Igualment, cal tenir en compte que el legislador estatal va reproduir la mateixa mesura en la disposició addicional 43 de la Llei 6/2018, de 3 de juliol, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2018, que cal entendre igualment afectada d'inconstitucionalitat en l'aspecte indicat més amunt.

En vista d'aquesta disposició, s'ha sostingut que l'única manera de reconèixer el caràcter indefinit no fix és mitjançant resolució judicial. No obstant això, es podria considerar admissible que la declaració de la indefinició ha de ser exclusivament judicial en els casos d'irregularitats en la contractació temporal, mentre que la podria declarar l'Administració mateixa en la resta de casos. Aquest criteri pot trobar empara en la interpretació sistemàtica de la citada disposició addicional. Efectivament, el primer paràgraf de l'apartat segon obliga els òrgans de personal de les administracions i ens del sector públic a vetllar per evitar qualsevol irregularitat en la contractació temporal que pugui donar lloc a la conversió a un vincle indefinit no fix; per tant, aquest apartat segon s'està referint a les irregularitats en la contractació temporal, per la qual cosa el segon paràgraf, relatiu a la prohibició que aquests òrgans de personal atribueixin la condició d'indefinit no fix a personal amb contracte temporal llevat de resolució judicial, també s'ha d'entendre referit a les irregularitats en la contractació temporal. Entendríem que és necessari el pronunciament judicial en els casos d'irregularitats perquè, en cas contrari, l'Administració hauria de reconèixer que ha comès una actuació il·legal i fraudulenta sense seguir les regles de la revisió d'ofici. Per tant, seguint aquesta interpretació, no hi hauria inconvenient a entendre viable que l'Administració mateixa, o l'ens o l'entitat del sector públic, pugui reconèixer

el caràcter d'indefinit no fix en els supòsits en què la indefinició es produeix per imperatiu legal – superació de les limitacions temporals de les durades dels contractes formalitzats en el sector públic, disposició addicional 15 del TRET- i de successió empresarial (art. 44 del TRET).

La naturalesa jurídica del vincle indefinit no fix: condicions de treball i extinció de la relació

La qüestió de la naturalesa jurídica del vincle continua suscitant dubtes, atesa la inexistència de regulació i la dificultat ja esmentada de trobar un encaix en el marc de la normativa laboral.

Inicialment, la jurisprudència del TS va disposar que l'extinció del vincle s'assimilava a la interinitat per vacant perquè la cobertura reglamentària del lloc de treball comportava la finalització de la relació. El caràcter indefinit, segons aquesta doctrina inicial, s'havia de predicar de la vigència i del desenvolupament del contracte en el sentit d'impedir qualsevol limitació de drets laborals, sindicals i de seguretat social d'aquest personal indefinit. No obstant l'anterior, la doctrina jurisprudencial posterior altera en bona mesura aquestes conclusions, d'una banda, respecte de l'extinció del vincle, a partir de la STS de 28 de març de 2017 (Rec. 1664/2017) i, de l'altra, respecte del reconeixement de la promoció professional, a partir de la STS de 2 d'abril de 2018 (Rec. 17/2017). Ens trobem novament amb sentències que van modulant els contorns de la figura i generen més inseguretat jurídica.

A partir de l'esmentada STS de 28 de març de 2017, **l'extinció de la relació indefinida no fixa per cobertura reglamentària de la plaça ocupada** es reconduïx a l'extinció per causes objectives i, per tant, es reconeix la indemnització de 20 dies per any amb el límit de 12 mensualitats. S'argumenta a aquest efecte que, atès que no es tracta d'un contracte temporal, esdevé insuficient la indemnització que fins al moment es reconeixia, és a dir, la de l'article 49.1.c del TRET per transcurs del termini i la realització de l'obra o servei dels contractes temporals que es correspon amb la indemnització de 12 dies per any de servei. La sentència manifesta la necessitat de reforçar aquesta indemnització per reconèixer-ne una de superior a la que s'ha establert per la finalització dels contractes temporals i, per aquest motiu, entén que es pot aplicar la indemnització de les extincions contractuals per causes objectives –article 53.1.b en relació amb l'article 52.c i e del TRET-, tot i que la situació no encaixa pacíficament però resulta assimilable. En el fons es tracta d'un encaix forçat que respon estrictament a una raó d'equitat, atès que no tindria sentit reconèixer menys garanties a l'indefinit no fix que al temporal amb motiu de l'extinció del contracte. S'ha de dir, igualment, que l'Administració ha d'acreditar que la plaça que ocupa l'indefinit no fix s'ha inclòs com a vacant en el procés selectiu, per garantir el dret de participar-hi per poder assolir la plaça que ocupa amb caràcter fix.

L'extinció de la relació indefinida no fixa per amortització de la plaça ocupada també ha tingut oscil·lacions en la doctrina jurisprudencial fins a la STS de 8 de juliol de 2014 (Rec. 2693/2013), que resol la qüestió afirmant que l'amortització de la plaça, mitjançant la modificació de la relació de llocs de treball, extingeix el vincle de conformitat amb l'article 52.c del TRET o, si escau, d'acord amb l'article 51 del TRET, amb les conseqüències de l'article 53 del TRET. El fet que sigui preceptiu seguir el procediment d'acomiadament per causes objectives o, si escau, col·lectiu, amb l'abonament d'una indemnització de 20 dies per any de servei fins a un màxim de 12 mensualitats, es justifica perquè ens trobem amb un acte extintiu abans del venciment temporal del contracte, la qual cosa suposa un perjudici per al treballador que veu alterades les expectatives de permanència, i aquesta circumstància ha de ser indemnitzada.

Pel que fa a les **condicions de treball del personal indefinit no fix**, ja les primeres sentències deixaven clar que s'havien d'equiparar a les establertes per al personal fix i es negava qualsevol conseqüència negativa que incidís en els drets laborals, sindicals i de seguretat social.

L'equiparació, fins fa ben poc, admetia pacíficament la limitació derivada de la no pertinença a la plantilla i es considerava que els drets de promoció professional no es podrien equiparar, atès que no s'han satisfet els principis d'igualtat, mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública. La jurisprudència del TS apostava per l'equiparació absoluta de condicions de treball, llevat de les derivades de la fixesa com, per exemple, el gaudiment de l'excedència voluntària, que funciona com una garantia d'estabilitat de la qual no gaudeix el personal indefinit no fix.

Des del punt de vista del dret positiu, observem dues diferències respecte del personal fix, d'una banda, la prioritat de permanència del personal laboral fix, no indefinit, en els casos d'acomiadament per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció (disposició addicional 16 del TRET) i, de l'altra, la readmissió obligatòria dels treballadors fixos, no indefinits, en els casos en què es declari la improcedència de l'acomiadament derivada d'un procediment disciplinari (art. 96.2 del TREBEB).

El darrer posicionament del TS, expressat en la STS de 2 d'abril de 2018 (Rec. 17/2017) complica novament la situació i torna a generar infinitat de problemes. Efectivament, l'esmentada sentència reconeix el **dret a la promoció professional del personal indefinit no fix** i la possibilitat que aquests treballadors es puguin desvincular dels llocs de treball que ocupaven. El Ple del TS entén que no hi ha inconvenients a admetre la participació d'aquest personal en els concursos de promoció interna, tot i que han de conservar la condició d'indefinit no fix en la nova destinació. El vot particular de la STS posa en relleu que el plantejament de la majoria de la Sala difumina notablement les diferències entre els fixos i els indefinits no fixos: "Si se admite su participación en un concurso para ocupar vacantes estables mediante el sistema de promoción interna se está desnaturalizando la propia figura contractual de suerte que unos trabajadores con contrato sometido a término ligado a la amortización o a la cobertura legal de la plaza que ocupan, habrán pasado a ocupar una plaza estable y consolidada mediante un sistema de promoción interna y, consecuentemente, tal plaza no volverá a ser objeto de concurso, con lo que habrán logrado de facto una absoluta equiparación a los trabajadores fijos sin haber superado pruebas objetivas de ingreso que respeten los aludidos preceptos constitucionales." Els magistrats que sustenten el vot particular consideren, encertadament al meu entendre, que el fet d'haver ingressat sense subjecció als principis constitucionals de capacitat, mèrit i igualtat s'ha de considerar una circumstància objectiva i raonable per donar suport a l'exclusió del personal indefinit no fix del concurs de promoció interna, sense que s'observi cap indicatiu de discriminació per aquesta circumstància. Amb caràcter general, encara ha de ser possible mantenir que el reconeixement de la condició d'indefinit no fix s'ha de lligar a l'ocupació d'una plaça, existent (interinitats de llarga durada) o de nova creació (declaració judicial del caràcter estructural de les funcions).

Conclusions

Com dèiem a l'inici, només la intervenció decidida del legislador estatal pot resoldre la inseguretat actualment existent entorn a la figura del personal laboral indefinit no fix de plantilla. A l'estat actual de la jurisprudència s'ha d'afegir la incidència de la doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, que encara no ha dit la darrera paraula sobre la compatibilitat de la figura amb les mesures que cal adoptar per protegir la contractació temporal fraudulenta o

abusiva. Si bé podem compartir que, com a mesura proporcionada i dissuasiva per evitar l'abús en la temporalitat, la conversió de la relació de temporal a indefinida no és prou efectiva, podríem acceptar la suficiència de la mesura consistent en la percepció d'una indemnització amb motiu de l'extinció per la cobertura reglamentària de la plaça –de 20 dies, com s'ha dit, i per tant de quantia superior a la que es percep per l'extinció de la resta de contractes temporals. La tímida reacció del legislador pel que fa a l'exigència de responsabilitats als òrgans amb competència en matèria de personal per les irregularitats en la contractació temporal –disposició addicional 43 de la Llei 6/2018, de 3 de juliol, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2018-, difícilment coadjuvarà a salvar la figura des de l'òptica europea, tot i que el tema de les responsabilitats de càrrecs i autoritats és un element que el TJUE ha considerat vàlid per combatre la temporalitat abusiva.

Tampoc no podem acabar aquest comentari sense ressaltar que una gran part de la doctrina administrativista s'ha manifestat clarament contrària a mantenir el vincle d'indefinit no fix i sostenen que s'ha de deslegalitzar la figura atès el frau de llei que suposa donar carta blanca a una actuació administrativa il·legal. El que seria procedent, segons manifesten, és actuar de la mateixa manera que quan es produeix una contractació laboral temporal sense subjecció als principis constitucionals: aplicar la doctrina dels actes separables i declarar la nul·litat del contracte amb el reconeixement de les indemnitzacions que puguin correspondre. No obstant això, deixar l'assumpte a la via contenciosa serà una tasca impossible si no rep l'aval del legislador que, com ja hem reiterat, ni hi és ni s'espera que hi sigui.



Isidre Estivill i Galdón

Subdirector general d'Ordenació Jurídica i d'Inspecció General de Serveis de Personal de la
Direcció General de Funció Pública