

EL CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO NO FIJO: LA EROSIÓN DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DEL PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

Vicente-Antonio Martínez Abascal**
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO: I. LA CONCURRENCIA DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. -1. Fundamento y finalidad del PPE. 1.1. Fundamento. 1.2 Finalidad. -2. Fundamento y finalidad de los PIMC. 2.1 Fundamento. 2.2. Finalidad. II. LA RESPUESTA JUDICIAL EN LOS SUPUESTOS DE EXTINGCIÓN DEL CONTRATO INDEFINIDO NO FIJO POR COBERTURA DE PUESTO DE TRABAJO. -1. Primera etapa: aplicación restrictiva de la norma laboral. -2. Segunda etapa: aplicación modulada de la norma laboral. -3. Tercera etapa: aplicación relativamente integradora de los ordenamientos laboral y administrativo. 1) El criterio de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública. a) La STS de 7 de octubre de 1996. b) La STS de 20 de enero de 1998 y su voto particular. 2) El criterio del cumplimiento de la condición resolutoria. a) La STS de 27 de mayo de 2002. b) El voto particular a la STS de 27 de mayo de 2002. 3) El criterio del cumplimiento de la condición resolutoria en el supuesto de amortización de la plaza cubierta interinamente. III. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO INDETERMINADO A LA AMORTIZACIÓN DE PLAZA VACANTE CUBIERTA MEDIANTE CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO NO FIJO O CONTRATO DE INTERINIDAD. IV. ALGUNAS PREMISAS Y CONSIDERACIONES PARA EL REEQUILIBRIO NORMATIVO. -1. Premisas. -2. Consideraciones propositivas.

RESUMEN

El estudio versa sobre la erosión que del principio de estabilidad en el empleo ha producido la utilización por la Administración Pública del denominado contrato de trabajo indefinido no fijo. Creada por la jurisprudencia y recibida después por la ley, esta figura contractual no ha conseguido su finalidad integradora de la norma laboral y administrativa, sino, por el contrario, la subordinación práctica de aquel principio a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas. Después de analizar el fundamento y la relevancia constitucional de todos esos principios, lo que permitiría lograr una solución armónica en su aplicación, el estudio muestra la oscilante e insatisfactoria evolución de la jurisprudencia en esta materia desde el prisma de la real garantía del principio de estabilidad en el empleo. El trabajo concluye aportando, a partir de ciertas premisas básicas, algunas consideraciones propositivas a fin de

*Recibido el 2 de febrero 2016, aceptado 16 de marzo 2016

** Catedrático y Profesor Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

facilitar la solución de esta asimetría contractual enquistada, y ofreciendo una fórmula de reequilibrio conceptual y normativo que salvaguarde, a un tiempo, la estabilidad en el empleo y la igualdad en el acceso a la prestación de servicios de trabajo en la Administración Pública.

ABSTRACT

The study deals with the erosion of the principle of stability in employment has been the use by the Public Administration called indefinite contract of no fixed job. Created by the case law and then received by the law, this contractual figure has not achieved its aim of integrating labor and administrative rule, but, on the contrary practice, subordination of that principle to the principles of equality, merit and ability in access to public service. After analyzing the substance and relevance of all these constitutional principles, which would achieve a harmonious solution in its application, the study shows the oscillating and unsatisfactory developments in case law in this matter from the perspective of the security of the principle of stability in employment. The paper concludes by providing, from certain basic premises, some purposeful to facilitate the solution of this contractual asymmetry entrenched, and offering a conceptual and normative formula that safeguards rebalancing, at a time, job security and equal access to the provision of work in Public Administration.

Palabras clave: empleo público – temporalidad – estabilidad.

Key words: public employment – temporary – stability

I. LA CONCURRENCIA DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La acientífica creencia en el fundamentalismo de mercado, que aboga por una particular forma de organización económica sustentada en el máximo beneficio de las empresas sin regulación por parte de los gobiernos¹, permea el neoliberalismo institucional extendiendo los mecanismos de mercado a un número cada vez mayor de actividades humanas² y, por tanto, a la actividad laboral.

Sometidas a la constante presión e influencia de las élites económicas mediante actividades de lobby³, generalmente admitidas por la ley, las Administraciones Públicas (AAPP) no escapan tampoco a esa ideología y a la consiguiente introducción de pautas propias de la economía neoliberal de mercado en la prestación de servicios laborales a los entes y organismos en que aquéllas se estructuran. Una de las evidencias empíricas observables en este terreno es la que deriva del amplio y persistente recurso por los distintos niveles territoriales de las AAPP a la contratación laboral temporal irregular, por razones de forma o de fondo, que no impide la consiguiente extinción de esta clase de contratos de trabajo por dichas entidades fundada en la cobertura o la amortización de puestos de trabajo. Esta recurrente actuación ha contribuido a generar una patología en la que el principio de estabilidad en el empleo (PEE) ha experimentado un paulatino e injustificado debilitamiento en su confrontación con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública (PIMC).

Según ha subrayado la jurisprudencia, la confrontación teórica y práctica de dichos principios en esta materia tiene su fundamento en la distinta finalidad atribuida por la ley a los mismos y, en consecuencia, a los distintos intereses que se pretenden garantizar. Así, la protección del PEE, propio del ordenamiento laboral, se mueve en la órbita de los intereses particulares, aun-

¹ J. STIGLITZ.: "Moving beyond market fundamentalism to a more balanced economy". En VV.AA.: *Annals of Public and Cooperative Economics* nº 3/2009, p. 2.

² OXFAM: *Iguales. Acabemos con la desigualdad extrema. Es hora de cambiar las reglas*. Informe temático, octubre 2014. www.oxfam.org, p. 63.

³ OXFAM: *Riqueza: tenerlo todo y querer más*. Informe temático, enero 2015. www.oxfam.org, pp. 7-9.

que de carácter social, ámbito regido asimismo por el principio de libertad de contratación del trabajo dependiente por el empresario privado (art. 38 CE). Contrastando con el anterior, en el terreno del ordenamiento administrativo nos encontramos ante un interés público de indudable relevancia constitucional (arts. 14 y 103.1 CE), lo que explica el carácter imperativo que se anuda a las normas sobre acceso al empleo público⁴, regidas por los PIMC, que buscan la protección de aquel interés público, calificado por el Código Básico como interés general (art. 103.1 CE). La conclusión que se desprende del análisis de esta jurisprudencia es que, en la extinción de contratos de trabajo temporales con incumplimientos por parte de la Administración Pública (AP), así declarados por los órganos judiciales, el interés público que los PIMC reflejan resulta prevalente a la hora de establecer, a partir de un determinado momento de la evolución jurisprudencial en la materia, los efectos anudados a aquella extinción (improcedencia o nulidad), de modo que el interés privado tutelable mediante el PEE debe subordinarse a aquel otro de índole pública cuando aquellos efectos puedan comportar la estabilidad en el empleo del personal laboral temporalmente contratado sin que el mismo haya superado las correspondientes pruebas selectivas para alcanzar esa estabilidad.

La implícita relación de preferencia aplicativa así consagrada no sólo contradice el criterio de integración hermenéutica afirmado por la jurisprudencia en las etapas de su evolución más receptivas a esa integración. Al tiempo, y esto es lo decisivo bajo mi punto de vista, encierra un entendimiento teórico erróneo que distorsiona la realidad normativa de base constitucional y, en consecuencia, la interpretación que de la misma y de la legislación ordinaria aplicable han venido haciendo los órganos judiciales, al decantar la mayor parte de sus resoluciones en esta materia hacia la prevalente aplicación de los PIMC en detrimento notorio del PEE. Son varias las razones que pueden advertirse para apreciar ese error y la distorsión axiológica que comporta. Se sustentan de modo particular en el fundamento y la finalidad de los principios constitucionales en concurrencia. A efectos de su mejor clarificación, será conveniente considerarlos por separado.

1. FUNDAMENTO Y FINALIDAD DEL PPE

1.1. Fundamento

a) Un primera razón que evidencia la errónea concepción jurisprudencial que acaba de señalarse se localiza en el fundamento que al PEE brinda el artículo 40.1 CE. En efecto, éste minusvalorado principio cuenta sin duda con base o fundamento constitucional suficiente como para no considerarlo de difícil conciliación con los intereses generales que vehiculan los PIMC o subordinado a éstos de manera sistemática. Desde esa base, no es congruente minimizar de forma tácita el PEE por su filiación privatista, toda vez que el sujeto creador de empleo no es únicamente el empleador privado sino también el de carácter público. Adviértase a este respecto que el mandato del artículo 40.1 CE, dirigido a los poderes públicos para que realicen una política orientada al pleno empleo, no distingue entre la clase de empleador a la que dicha política va dirigida, por lo que incluye tanto al privado como al público. Junto a ello, y en cuanto aquí interesa, debe subrayarse que el vocablo orientación trasluce el carácter no unidimensional de ese mandato. Por el contrario, la política orientada al pleno empleo no es sólo la dirigida a su creación, sino también a su mantenimiento, pues resulta palmario que sin esta continuidad difícilmente puede asegurarse la consecución de ese objetivo constitucional.

Que ello es así, lo confirman tanto la mayor parte de las normas laborales específicas que han desarrollado ese precepto en relación con las políticas activas de empleo y que incluyen su mantenimiento como ingrediente indispensable de las mismas⁵, como la norma que ha des-

⁴ SSTS 24-4-1990 (RJ 3490) y 19-5-1992 (RJ 3577).

⁵ Incluso una norma que no se ha distinguido precisamente en la práctica por favorecer la creación de empleo estable, como es la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, no deja de reconocer la relevancia de que la misma facilite "la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país" (Preámbulo II).

arrollado con carácter general el artículo 40.1 CE, esto es, la Ley de Empleo 56/2003, de 16 de diciembre (LEM), hoy recogida en su texto refundido aprobado por RDL 3/2015, de 23 de octubre. El PEE aparece vertido en esta Ley como criterio de mantenimiento del empleo en el marco de los objetivos generales de la política de empleo (art. 2.h) y de las calificadas como políticas activas en la materia (art. 36.1 LEM). Ello implica utilizar un criterio regulador de las instituciones que, de un lado, proporcionen a la relación individual de trabajo la máxima continuidad y, de otro, eviten el ejercicio irregular del poder directivo y modificativo del empleador. Se trata aquí de garantizar las dos facetas en que se manifiesta dicho principio. En primer lugar, la estabilidad en la empresa, orientada a potenciar la continuidad de la relación contractual de trabajo, así como a delimitar sus justas causas de extinción (por ejemplo, incentivando la contratación laboral indefinida o impidiendo que empresas con beneficios puedan decidir despidos colectivos). En segundo término, la estabilidad en el puesto de trabajo, mediante la fijación de límites al ejercicio del poder directivo y modificativo del empleador, a fin de evitar su uso abusivo o injustificado (por ejemplo, prohibiendo la asignación permanente de funciones que no se corresponden con la calificación profesional del trabajador)⁶.

Por lo demás, y en el marco de la sistema constitucional de relaciones de trabajo, la realización de esa política orientada al pleno empleo puede considerarse sin esfuerzo como un componente básico de los intereses generales a los que debe servir con objetividad la AP conforme preceptúa el artículo 103.1 CE. Un elemento hermenéutico literal, clave a este respecto, muestra que dichos intereses generales se constitucionalizan en el artículo 103.1 CE con una fórmula plural, lo que revela que su composición se integra por intereses sociales de diverso origen y naturaleza, entre los que figura el interés social que vehicula el PPE a través del artículo 40.1 CE.

b) Una segunda razón que avala el relevante anclaje constitucional del PEE, permite subrayar que el mismo forma parte del derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE) desde el momento en que el Tribunal Constitucional (TC) rechazó tempranamente que pudiera despedirse al trabajador sin la existencia acreditada de una justa causa que lo permitiera (STC 22/1981). Esta doctrina, aunque ceñida al despido por razón del objeto de proceso planteado ante el TC, resulta aplicable en mi opinión a cualquier otra causa extintiva de la relación individual del trabajo por parte del empleador que no pueda considerarse como justa causa para llevar a cabo esa terminación y que, por ello, no disponga de la justificación objetiva, razonable y proporcionada exigible a una decisión de esta naturaleza.

Desde el prisma no es dudoso que el desconocimiento o la desvirtuación de la justificación causal del despido supone violentar el contenido esencial del derecho al trabajo constitucionalmente reconocido (art. 35.1 CE), cuyo respeto viene exigido, en términos generales, por el artículo 53.1 CE, y puede suponer, al tiempo, la lesión del PEE. Lejos de supeditarlos a los PIMC y teniendo en cuenta su carácter sustentador del derecho constitucional al trabajo, el respeto del PEE habría de ser más intenso en la relación laboral especial de empleo público aunque su extinción esté regulada básicamente a la norma laboral, teniendo en cuenta que, contrastando con la esfera privada, en el empleo público funcional el PEE fue acogido hace tiempo con específica consistencia por el legislador⁷ una vez superado el sistema de expolio y precisamente como reacción frente al mismo⁸. Como es sabido, el sistema de espolio, cuyo comienzo entre nosotros se ha datado en el inicio de la era constitucional (Constitución de Cádiz de 1812)⁹, in-

⁶ V. A. Martínez Abascal y J. B. Herrero Martín: *Sistema de Derecho del Trabajo*. Tarragona, 2015, 2ª ed. revisada y actualizada, p. 157 de la versión en papel y de la digital de consulta y descarga gratuitas (www.publicacions.urv.cat).

⁷ S. Terranova.: *Il rapporto di pubblico impiego*. Giuffrè. Milano, 1991, pp.: 57-58. Y. Saint-Jours.: *Manuel de Droit du Travail dans le secteur public. (Fonction publique. Fonction territoriale. Entreprises publiques)*. L.G.D.I. Paris, 1986, 2ª ed. pp.: 75-76.

⁸ M. Alonso Olea: "Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas". En AA.VV.: *Libro homenaje al profesor José-luis Villar Palasí*. Civitas. Madrid, 1989, p. 55. J. R. Parada Vázquez: *Derecho Administrativo. II. Organización y empleo público*. Marcial Pons. Madrid, 1989, p.: 354.

⁹ J.A. García-Trevijano Fos: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III, vol. 1. Edersa. Madrid, 1970, p.: 189.

cidía directamente sobre aquel principio, puesto que los partidos que se sucedían en el gobierno, institucionalizando el mecanismo de las cesantías¹⁰, distribuían los empleos públicos entre sus militantes o afectos "lanzando sin miramientos ni derecho alguno a quienes los ocupaban"¹¹. De este modo, actuando reactivamente frente a dicho sistema, el PEE se alzaría como antídoto en su doble significado de estabilidad en el puesto de trabajo y en la propia AP, que en ésta resulta especialmente reforzado al no aplicarse al régimen funcional las reglas que regulan la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de las necesidades de funcionamiento competitivo de la empresa, buscando así una más intensa continuidad de la relación funcional de empleo. Por ello, el cortafuegos del PEE habría de aplicarse con igual determinación respecto de la extinción de contrato de trabajo temporal con graves incumplimientos por el empleador público ante la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo y declaración judicial de readmisión, porque esa extinción actúa en la práctica, seguramente sin pretenderlo, como un soterrado sistema de expolio en el que la contratación laboral temporal sometida a aquellos incumplimientos es el medio indirecto para introducirlo.

1.2. Finalidad

La garantía del PEE se vincula en la doctrina constitucional con la finalidad o función compensadora del ordenamiento laboral, proyectada desde el mismo texto constitucional por su artículo 9.2 y el principio *pro operario* que en el mismo se sustenta, a toda relación de trabajo dependiente y por cuenta ajena, cualquiera que sea la forma jurídica que esta revista: contrato de trabajo común o relación laboral especial de empleo público. Para el TC, la corrección de la desigualdad socioeconómica del trabajador respecto del empresario pretende reducirse así "mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias"¹², de forma que el Derecho del Trabajo "se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales"¹³. Obsérvese que en esta doctrina se alude al "trabajador" y al "empresario" con independencia del carácter privado o público que este último tenga, por lo que la misma es aplicable de seguro al empleador público cuando éste establece una relación laboral con el trabajador. Por ello, las singularidades o peculiaridades de la relación laboral especial de empleo público no pueden desvirtuar o desconocer los principios y valores constitucionales vinculados al trabajo dependiente¹⁴, de modo señalado el esencial PEE sobre el que se asienta el entero edificio del ordenamiento laboral en un Estado social y democrático de Derecho.

2. FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LOS PIMC

El basamento y la finalidad constitucionales del PEE, no impide ciertamente señalar que, ciertamente, los PIMC resultan cruciales para garantizar la objetividad, eficacia y profesionalidad en la prestación de los servicios públicos por parte del personal que los desempeña. Lo que explica su firme instauración en el texto constitucional.

2.1. Fundamento

La relevancia constitucional de estos principios ya fue declarada por el TC con amplia antelación a su reflejo en la versión inicial del EBEP. La formulación concatenada de los mismos resulta de la jurisprudencia constitucional, al establecer una conexión, que se califica de necesaria,

¹⁰ M. Beltrán: *La élite burocrática española*. Ariel. Barcelona, 1977, p.: 45.

¹¹ L. Jordana de Pozas: "Situación y necesaria reforma del Estatuto de los funcionarios públicos". En AA.VV.: *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1952, p.: 69.

¹² STC 3/1983.

¹³ SSTC 3/1983, 14/1983 y 114/1983.

¹⁴ V.A. Martínez Abascal: "La regulación homogénea de las relaciones de trabajo dependiente en la función pública". *Revista de Derecho Social* nº 7/1999, p. 225.

entre el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 C.E.) y los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas (art. 103.3 C.E.)¹⁵. Son precisamente éstos últimos principios los que constitucionalmente preservan y fundamentan, a su vez, el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos.

En orden a esa preservación, hay que tener en cuenta que los principios que ahora se examinan constituyen, en realidad, una especificación del principio de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 14 C.E., lo que implica que, en el supuesto de acceso a la función pública, "y cuando no esté en juego ninguna de las circunstancias específicas del ar. 14 de la misma, es el art. 23.2 el que debe ser considerado de modo directo para apreciar si las normas cuestionadas han desconocido el principio de igualdad"¹⁶. Se produce así una suerte de integración de ambos preceptos, de tal forma que la igualdad de acceso a las funciones y cargos públicos se garantiza mediante un sistema basado en el mérito y la capacidad, lo que inmediatamente comporta la exclusión del ordenamiento de cualquier fórmula que, a este respecto, pudiera fundarse en un trato discriminatorio, como el que en su momento supuso, a modo de ejemplo, el *spoils system*¹⁷.

Consecuencia de esa formulación, es que la igualdad en el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad debe ser respetada en la selección de todo el personal que preste sus servicios por cuenta y bajo dependencia de una AP, cualquiera que sea la naturaleza, laboral o funcional, de la relación que le una con la misma, sin perjuicio, por lo demás, de que la igualdad garantizada haya de observarse en todas las fases de la relación de trabajo¹⁸. Esta doctrina del TC ha sido recogida actualmente en el artículo 55 del EBEP (hoy en igual precepto de su texto refundido mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

2.2. Finalidad

Por lo que hace a su finalidad, mediante los PIMC se pretende objetivar el acceso a la función pública, lo que comporta, entre otros efectos, la inconstitucionalidad de los concursos restringidos y la exigencia de pruebas y baremos objetivos para el ingreso y ascenso en la carrera administrativa, con la consecuente limitación de la discrecionalidad de la AP¹⁹. Esta finalidad es, de otro lado, instrumental en orden a la consecución de los intereses generales que la Administración debe servir con imparcialidad y objetividad en virtud del artículo 103, núms. 1 y C.E.²⁰. Al servicio de esos intereses generales se emplaza el específico de seleccionar al candidato más capacitado para desempeñar su cometido en este sector. Es cierto que ese interés específico también puede predicarse de la empresa privada, pero su alcance es diverso cuando se trata del interés de los ciudadanos en acceder a la función pública en condiciones de igualdad, pues el mismo implica un límite constitucional para el empleador público al efectuar la selección de su personal en virtud de lo dispuesto en los artículos 23.2 y 103.3 CE. Así configurado, ese in-

¹⁵ STC 67/1989.

¹⁶ STC 27/1991.

¹⁷ M. Pulido Quecedo: *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Civitas. Madrid, 1992, pp.: 405-406.

¹⁸ Es doctrina del T.C. que dicho principio se proyecta "no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas, sino también a todo lo largo de la duración de la relación funcional o asimilada a estos efectos": STC 192/1991.

¹⁹ L. Parejo Alfonso; A. Jiménez Blanco y L. Ortega Álvarez: *Manual de Derecho Administrativo*. Ariel. Barcelona, 1992, 2ª ed., p. 504.

²⁰ J.A. López Pellicer.: "El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo". En AA.VV.: *El principio de igualdad en la Constitución española. (XI Jornadas de Estudio de la Dirección General de Servicio Jurídico del Estado)*. Vol II. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1991, p. 1440. D. López Garrido: "El acceso a la función pública en la Europa de los doce". *Revista Vasca de Administración Pública* nº 35/1993, p. 161.

terés no está presente en la empresa privada del mismo modo y con el mismo alcance, pues la libertad empresarial de contratación derivada del artículo 38 CE tan sólo se halla limitada, en este ámbito del acceso al trabajo, por el principio de no discriminación en el empleo (artículos 14 C.E. y 4.2,c) y 17.1 del ET, e iguales preceptos del vigente texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, TRET)²¹.

La consideración del fundamento y finalidad de la aplicación en la función pública de los PIMC, permite concluir a favor de la plena licitud de su exigencia constitucional. Nos encontramos aquí, por tanto, ante una especialidad de la relación de trabajo que ha estimarse plenamente justificada en aquel sector, ya se trate de la relación de empleo público, ya de la relación laboral.

Ahora bien, ni el fundamento ni la finalidad constitucionales de los PIMC debieran autorizar su sistemática aplicación prioritaria respecto del PEE cuando se trata de incumplimientos del empleador público en la contratación laboral temporal que implican la readmisión del trabajador bajo la contradictoria vinculación derivada del contrato de trabajo indefinido no fijo. A mi modo de ver, la garantía del PEE debería dirigirse por el contrario a fortalecer con mayor intensidad que en el ámbito privado la continuidad de la relación laboral especial de empleo público, porque la especialidad que la misma comporta no supone la sistemática subordinación del PEE a los PIMC, sino la articulación de un equilibrio entre ellos sin sacrificio en todo caso del primero.

II. LA RESPUESTA JUDICIAL EN LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO INDEFINIDO NO FIJO POR COBERTURA DE PUESTO DE TRABAJO

Sostenida por la errónea base conceptual a la que se ha hecho referencia, la jurisprudencia, en la búsqueda de una solución interpretativa adecuada, plasmó esa concepción alumbrando la figura del contrato de trabajo indefinido no fijo, a fin de solventar la tensión generadora de una supuesta incompatibilidad entre el PEE y los PIMC. La primera versión de la Ley 7/2007, de 12 de abril del EBEP, haciendo eco de la doctrina del TS, recogió dicha figura contractual por vez primera con carácter general en sus artículos 8.1,c) y 11.1; preceptos hoy incorporados con la misma literalidad al texto refundido del EBEP (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre TREBEP).

Sobre la base de dicha figura contractual, la jurisprudencia, en términos generales, ha venido interpretando la norma laboral reguladora de su extinción por cobertura o amortización de puesto de trabajo de las AAPP sin alcanzar el necesario equilibrio o compatibilidad entre los mencionados principios constitucionales, en una secuencia temporal que oscila entre la admisión de su coexistencia y la apreciación de una concurrencia conflictiva que, a la postre, se salda, en una última etapa de nominal armonización o integración, en una real supeditación del PEE a los PIMC.

En este orden de cosas, la respuesta de la jurisprudencia a dichos incumplimientos no ha seguido una línea uniforme, sino que se han entreverado de forma heterogénea distintas soluciones a este respecto. De aquí que en su trayectoria no pueda trazarse una nítida distinción en fases cronológicas, habiendo de ceñirse el análisis a la identificación de las líneas judiciales prevalentes que, con frecuencia, coexisten con otras diferenciadas y al señalamiento de unos períodos que no deben entenderse por tanto como compartimentos estancos entre sí. Teniendo presente esta importante precisión, pueden advertirse hasta tres etapas generales de la evolución jurisprudencial en esta materia.

²¹ T. Sala Franco: *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*. INAP. Madrid, pp. 26-27.

1. PRIMERA ETAPA: APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LA NORMA LABORAL

Bajo la vigencia de la versión inicial del ET (LFCE), la jurisprudencia aplica la normativa laboral a la contratación temporal por las AAPP en cuanto se refiere a la posibilidad de que mediante la misma se atendieran necesidades derivadas de la insuficiencia de plantillas o de trabajos eventuales, puesto que aquéllas pueden actuar válidamente en calidad de empleador. Pero, al tiempo, se rechaza que las irregularidades en esa contratación (encadenamiento de contratos, prórrogas que exceden de las previsiones legales, cobertura temporal reiterada para trabajos permanentes...) comporten fraude de ley o abuso de derecho, ni por consiguiente, despido sino mera extinción del contrato de trabajo. Tampoco se admite que la acreditación, en su caso, de dicho fraude pudiera implicar la transformación de dichos contratos temporales en otros de duración indefinida, pues con ello se asumirían con carácter permanente tareas de naturaleza pública que deben ser desempeñadas por funcionarios mediante la necesaria cualificación profesional obtenida en las correspondientes pruebas selectivas²².

En contraste con esta línea, la regulación genérica que del personal laboral contenía a la sazón la vigente Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964 (LFCE) facilitaba una aplicación más abierta de la norma laboral. Así, su artículo 7.1 consideraba como trabajadores al servicio de la Administración Civil del Estado a aquellos que ésta contratase con ese carácter y de acuerdo con la legislación laboral, “que les será plenamente aplicable”; exigiendo únicamente el apartado 2 de dicho precepto que la admisión de dicho personal contara con la debida autorización reglamentaria. Al margen de estas genéricas reglas, no existía en dicha norma ninguna previsión de pruebas selectivas para la contratación de este personal, lo que se constituía una excepción a su exigencia para el personal funcionario.

La flexibilidad de la LFCE en esta materia propiciaba que algunas regulaciones sectoriales de índole administrativa fueran más exigentes al respecto. Por ejemplo, el Estatuto para la Radiodifusión y Televisión, aprobado por la Ley 4/1980, de 10 de enero, prescribía que “El ingreso en situación de fijo en RTVE y en las Sociedades estatales que se creen sólo podrá realizarse mediante las correspondientes pruebas de admisión establecidas y convocadas por el Director general de RTVE, de acuerdo con el Consejo de Administración” (ar. 35.4). Al aplicar esta clase de regulaciones la jurisprudencia se inclinó por utilizar cánones de interpretación propios de la legislación laboral garantizando el PEE y declarando la fijeza del trabajador en la AP cuando se acreditaba el fraude de ley o graves irregularidades en su contratación²³.

Con todo, y como se ha señalado, en esta etapa la línea jurisprudencial prevalente negará con carácter general que, en los casos de incumplimientos formales y sustanciales del contrato de trabajo temporal por el empleador público, el vínculo contractual pueda transformarse en indefinido. Se utiliza así un criterio restrictivo, rechazándose que los contratos laborales temporales, formalizados para ocupar transitoriamente puestos de trabajo reservados a los funcionarios, puedan convertirse en indefinidos en razón de incumplimientos contractuales, formales o sustantivos, por parte de las AAPP sin que, por tanto, resulte posible declarar la improcedencia del despido ni la consecuente opción por la readmisión del trabajador²⁴. De esta forma, se considera, en términos generales, que existe una incompatibilidad en tales supuestos concretos para aplicar en la AP los efectos previstos en el ordenamiento laboral para los incumplimientos contractuales de cierta entidad, esto es, la declaración de despido (improcedente o nulo) y la correspondiente condena a la indemnización o a la readmisión.

El rechazo de una vía interpretativa armonizadora en esta etapa, ya contaba, adicionalmente, con el beneplácito de la normativa general vigente, propia de las AAPP. Fue el artículo 15.1,

²² SST 9-10-1985 (RJ 4697), 24-4-1986 (RJ 2244); 6-5-1986 (RJ 2492) y 21-12-1988 (RJ 9886).

²³ SSTs 28-9-1982 (RJ 5303); 13-12-1983 (RJ 6202) y 4-10-1984 (RJ 5236).

²⁴ Entre otras, SSTs 27-2-1989 (RJ 943) y 20-2-1990 (RJ 1120).

apartados c) y f) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LEREFUP) el que, mediante la reserva de cometidos a los funcionarios, brindó a la jurisprudencia el fundamento normativo principal para sustentar este criterio de máxima restricción del PEE e intensa prioridad de los PIMC. Por su parte, en el ámbito municipal el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, se encargaba de atribuir en exclusiva al personal funcionario cometidos públicos.

La existencia de esta reserva de funciones se considera por esta línea jurisprudencial como un obstáculo insuperable para la conversión de un contrato de trabajo temporal, con declaración de irregularidad sustancial o de fraude de ley, en otro de carácter indefinido, puesto que el incumplimiento de tal reserva vulneraría el principio de legalidad en el que la misma se asentaba. Se desconocía así que, a estas alturas, el PPE había anclado ya su reconocimiento en la propia CE sobre la misma base del principio de legalidad mediante los artículos 35.1 y 40.1 de este cuerpo normativo principal, lo que ya permitía la formulación de interpretaciones más equilibradas en esta materia.

2. SEGUNDA ETAPA: APLICACIÓN MODULADA DE LA NORMA LABORAL

La exclusión de la norma laboral que postula la jurisprudencia mayoritaria desplegada en la precedente etapa, dio paso a otra de modulación, que se solapa en parte con la anterior, para admitir, con distinto alcance, la aplicación de la normativa laboral en la materia. Para ello se utilizaron distintos criterios de enjuiciamiento, que, en el marco de esta aplicación modulada, no han sido homogéneos.

1) Un primer criterio de aplicación limitada o modulada de la norma laboral supuso admitir la indemnización establecida para el despido improcedente, tanto en el supuesto de que no existiera fraude de ley sino otras irregularidades sustantivas (por ejemplo, el cese ante *tempus* en el contrato de interinidad por vacante²⁵, antecedente más próximo del contrato indefinido no fijo), como cuando dicho fraude es apreciado²⁶. En todo caso se excluye la readmisión, pues ésta supone la fijeza en el puesto de trabajo, que, conforme a la doctrina prevalente hasta el momento, se rehúsa aceptar por desconocer los PIMC de acceso al régimen funcional.

2) Un segundo criterio de modulación aplicativa viene de la mano del vagaroso concepto introducido por el TS en relación con las denominadas "*irregularidades formales especialmente cualificadas*". De acuerdo con esa noción —no definida en sede judicial y sólo perfilada *ad casum*— se considera que los incumplimientos de la normativa reguladora de la contratación laboral temporal, "por simple inobservancia de las irregularidades formales del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas"²⁷, no comportan, salvo que sean especialmente cualificadas, aplicar la presunción de indefinición y transformar un contrato de trabajo de duración determinada en otro de carácter indefinido. Esa conversión significaría que el personal laboral contratado temporalmente asumiría "la realización permanente de tareas de marcada naturaleza pública, cuando precisamente éstas, y por tiempo indefinido con sujeción a un Estatuto de personal singularizado, han de ser desempeñadas en exclusiva por funcionarios que hubieran adquirido tal calificación, a través de las pruebas abiertas a todos los ciudadanos"²⁸.

Se da así paso a cierta modulación del anterior criterio restrictivo o de exclusión de la norma laboral, admitiéndose una aplicación relativa o limitada de ésta en el supuesto de que las irregularidades o incumplimientos habidos en dicha contratación temporal fueran especialmente cualificados, en cuyo caso el trabajador adquiriría la condición de fijo o indefinido, puesto que

²⁵ STSJ Castilla-La Mancha 24-10-1996 (AS 4584).

²⁶ SSTSJ Cataluña 24-4-1994 (AS 1477) y 17-10-1994 (AS 3858).

²⁷ SSTS 2-3-1987 (RJ 1305), 7-7-1988 (RJ 5772) y 27-11-1989 (RJ 8262).

²⁸ STS 9-10-1985 (RJ 4697),. Igual criterio sostienen, entre otras, las SSTS 21 -2-1986 (RJ 800), 11-3-1987 (RJ 1385), 9-4-1987 (RJ 2386), 27-11-1989 (RJ 8262) y 20-2-1990 (RJ. 1120).

ambos términos se utilizaban indistintamente en estos momentos. Como resulta notorio, el principal inconveniente de este criterio es que la calificación del concepto acuñado por el TS quedaba en manos de los propios tribunales, lo que no favorecía desde luego la seguridad jurídica del trabajador y su estabilidad en el empleo.

3) Un tercer criterio de esta etapa profundiza en la línea de aplicación modulada de la norma laboral, admitiéndose con mayor contundencia que, cuando se trata de supuestos en que los contratos de duración determinada se formalizan para cubrir puestos de trabajo de carácter laboral, ha de aplicarse necesariamente la normativa de esta naturaleza. Como se señala con reiteración bajo este otro criterio, “cuando la Administración Pública se desenvuelve en el ámbito laboral debe someterse con el máximo rigor a las específicas normas reguladoras de la contratación”²⁹. Ese máximo rigor se plasma en un amplio elenco de sentencias en las que los incumplimientos formales o sustantivos de la norma laboral comportan una aplicación más amplia de la misma en cuanto a los efectos derivados de tales incumplimientos, sin el condicionamiento que con anterioridad suponía la invocación los PIMC, aunque sin por ello aceptar que de dichos efectos se pudiera derivar para el trabajador la adquisición de la condición de funcionario.

Como simple muestra de esta línea más proclive a la aplicación de la normativa laboral, pueden traerse a colación los pronunciamientos del TS en el sentido de declarar la conversión del contrato temporal en indefinido (fomento del empleo del RD 1989/1984) por existir fraude de ley en el encadenamiento de contratos temporales, cuando se trata de puesto de trabajo que puede cubrirse de forma permanente en régimen laboral aunque con sujeción al procedimiento selectivo establecido³⁰, o la conversión del contrato temporal de interinidad en indefinido por fraude de ley habida cuenta de la inexistencia de una sustitución real, con declaración de nulidad y necesaria readmisión por incumplimiento de los requisitos sustanciales que a la sazón exigía el art. 55.3 ET y sin que ello suponga adquirir la condición de funcionario³¹.

Se utiliza de este modo un criterio de mayor inclusividad de la norma laboral respecto de los precedentes criterios manejados en esta etapa. Ese canon no se adopta tanto en función de la clase de personal laboral cuya contratación temporal irregular se enjuicia, sino, sobre todo, atendiendo a la configuración del puesto de trabajo que ocupe el trabajador contratado y del cumplimiento por el empleador público de la normativa laboral aplicable en la materia. A este respecto, es especialmente clarificadora la doctrina sentada al respecto en la citada STS 18-1-1991, que, recogiendo en parte la precedente doctrina sobre las irregularidades formales especialmente cualificadas, avanza sin embargo en la aplicación de la norma laboral en la materia afirmando que:

“ la mención que, sin mayores precisiones, hace el art. 19 de la Ley para la reforma de la Función Pública al personal laboral, no puede entenderse en el sentido de que las Administraciones públicas queden exentas de someterse a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios (art. 1.2 del E. T.) celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, que habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral que de él dimana ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso. Negar tal sometimiento, iría en contra del claro mandato del art. 9.1. de la Constitución que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La repercusión del citado art. 19 de la ley para la reforma de la Función Pública en la relación individual de trabajo se limita, por tanto, al estado preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento del personal laboral por parte de la Administración.”

²⁹ SSTS 18-3-1991 (RJ 1875); 6-5-1992 (RJ 3516) y 20-6-1992 (RJ 4602).

³⁰ SSTS 6-5-1992 (RJ 3516) y 20-6-1992 (RJ 4602).

³¹ STS 8-6-1995 (RJ 4774).

Conforme con ese criterio, dicha sentencia señala lo siguiente:

“En el tema que examinamos la doctrina de esta Sala viene manteniendo que las irregularidades formales en que puedan incurrir las Administraciones Públicas en la contratación temporal no transforman la relación laboral en indefinida, en aras a los principios de igualdad de oportunidades y de mérito y capacidad que han de respetarse en favor de todos los que deseen acceder a la función pública, mediante el oportuno procedimiento de selección; principios que, efectivamente, consagra el art. 103 n.º 3 de la Constitución. También se ha dicho que no puede presumirse el fraude de ley cuando las Instituciones o Entidades públicas utilizan los instrumentos legales para subvenir al desempeño temporal de vacantes hasta su provisión por los mecanismos legales o reglamentarios, previstos para ello, exigencia lógica para la debida atención de los servicios sin soluciones de continuidad contrarias a la propia naturaleza de dichos servicios. Así se expone en numerosas sentencias de las que cabría citar las de 9 de octubre de 1985 (RJ 1985/4697) y 16 de enero y 22 de octubre de 1986 (RJ 1986/5875). Pero también se ha agregado, y ello completa la doctrina al respecto, que todo lo anterior no quiere decir que las Administraciones Públicas, cuando actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales, estén exentas de atenerse y no tengan que respetar la normativa general, conyuntural y sectorial que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo, lo cual chocaría frontalmente, como se dijo, con el principio constitucional de legalidad; y que tampoco existe prohibición alguna (sino, por el contrario, posibilidad real) de que dichas Administraciones puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente y al margen de la relación de empleo, de carácter administrativo, que mantienen o puedan mantener con sus funcionarios.”

A partir de los anteriores razonamientos se concluye afirmando la aplicación de la normativa laboral, pero manteniendo la clásica reserva de la fijeza para el régimen funcionarial:

“En definitiva, que no es posible eludir el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes reguladoras y, mediante, generadoras de derechos y obligaciones para las Administraciones Públicas, si bien con la salvedad (que resulta obvia) de que la fijeza que pudiese alcanzarse no permite, por supuesto, alterar la naturaleza jurídica de la relación laboral afectada, transformándola en administrativa y produciendo la integración del trabajador en el marco funcionarial -sentencias de 7 de marzo de 1988 (RJ 1864), 18 de julio de 1989 (5873) y 11 de febrero del corriente año (RJ 822).”

3. TERCERA ETAPA: APLICACIÓN RELATIVAMENTE INTEGRADORA DE LOS ORDENAMIENTOS LABORAL Y ADMINISTRATIVO

Con la finalidad de desarrollar el criterio inclusivo de la norma laboral, en esta etapa se acoge una interpretación que se autocalifica de integradora de los ordenamientos laboral y administrativo sobre esta cuestión, ya apuntada por algunas sentencias de la etapa precedente pero sin extraer de esa noción mayores consecuencias en orden a la efectiva tutela del PEE.

Esta interpretación relativamente integradora se desarrolla en una secuencia configurada por tres criterios diferenciables. El primero puede calificarse como el criterio de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública. Este criterio tiene como elemento común con los otros dos posteriores la obligación que pesa sobre AP empleadora de extinguir el contrato de trabajo objeto de conversión en indefinido por las irregularidades acreditadas en la contratación cuando el puesto de trabajo se ocupe por funcionario conforme al procedimiento de selección establecido. Ahora bien, para este primer criterio esa obligación configura directamente una causa lícita de extinción derivada de la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo que se ocupa mediante dicho contrato indefinido. A diferencia de este criterio, los otros dos ulteriores identifican distintas causas específicas de extinción de dicho contrato en tal supuesto, que se

activan precisamente a través de dicha cobertura. Se trata de los criterios relativos a la condición resolutoria y al cumplimiento del término pactado.

1) El criterio de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública

a) La STS de 7 de octubre de 1996

Este criterio aparece por vez primera con claridad en la STS de 7-10-1996, a la que siguen muchas otras³² y se vincula a un canon de interpretación integradora de los principios constitucionales y legales en liza. El criterio sostenido por dicha sentencia aparece con la implícita finalidad de superar el criterio excluyente de la anterior etapa para dar paso a una interpretación que se quiere integradora, pero que, como luego se verá, resulta a la postre, pese a la significativa aportación conceptual que realiza, más nominal que efectiva en orden a garantizar la estabilidad en el empleo del personal laboral concernido. Dicha sentencia viene a completar la doctrina establecida a partir de la mencionada STS de 8-3-1991, siguiendo en buena medida la estela de la anterior doctrina unificada del TS al respecto³³ pero matizándola al introducir una distinción doctrinal que llega hasta el presente e incluso se incorpora en su núcleo a la versión inicial del EBEP en sus artículos 8.2, c) y 11.2, manteniéndose en el vigente TREBEP. En esencia, los términos de su construcción doctrinal vienen a determinar que:

“los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente (y la misma conclusión debe valer para el despido nulo) se aplican en su integridad a los despidos acordados por las Administraciones públicas, sin que los principios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 103.3 de la Constitución... sean obstáculo para la imposición a la Administración empleadora de deberes de indemnización o de readmisión. Ahora bien, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial unificada, esta conclusión no enerva el deber de las Administraciones públicas de atenuamiento a los sistemas o procedimientos de contratación que concreten la puesta en práctica de tales principios constitucionales. De esta segunda premisa general se desprende una consecuencia para la decisión del caso enjuiciado, que supone una precisión o matización de la doctrina de la Sala en la materia. Tal precisión no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública, y puede formularse como sigue: la contratación laboral 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 consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”³⁴.

La afirmación que se deriva de la anterior precisión doctrinal, en cuanto que afirma que dicha precisión “no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública”, es técnicamente cuestionable.

Para que pueda comprenderse ese cuestionamiento, es necesario diferenciar la doble premisa de la que parte esa doctrina. Por un lado, primera premisa, se afirma que la doctrina que se establece a continuación “no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración”, es decir, que el contrato será temporal o indefinido en función de lo que se haya pactado o en función de incumplimientos contractuales por parte del empleador público. Pero, por otro lado, en una segunda premisa se sostiene que la nueva aportación doctrinal sí

³² A modo de ejemplo, las SSTS 10-12-1996 (RJ 9139), 30-12-1996 (RJ 9864) y 14-3-1997 (RJ 2471).

³³ Por ejemplo, en las SSTS de 24-1-1994 (RJ 865) y 19-7-1994 (RJ 6694).

³⁴ STS de 7-10-1996 (RJ 7492).

afecta “a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública”. Es razonable pensar que esta segunda afirmación no es redundante con la primera. Por ello, puede entenderse que la calificación de esa posición subjetiva alude al tipo de puesto de trabajo que ocupa el trabajador contratado, es decir, bien a un puesto estrictamente laboral, bien a un puesto que debe ser cubierto por funcionario.

Pues bien, contrariamente a lo que puede inferirse de la sentencia, estas dos premisas no están comunicadas entre sí. Y no lo están porque la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la AP, el puesto de trabajo que ocupe incide de manera directa y sustancial en la duración de su contrato cuando dicho puesto es objeto de reserva funcional, pasando así de configurarse formalmente como indefinido a operar materialmente como temporal, dado que su extinción se produce en el mismo momento en que tiene lugar la cobertura de la vacante en régimen funcional por el procedimiento prescrito. Ello sucede, incluso, en los supuestos en que el trabajador haya sido contratado temporalmente previa superación de la correspondiente prueba selectiva prevista en el régimen laboral, pues ello no le habilita para adquirir la condición de fijo de plantilla, reservada legalmente para puestos de trabajo funcionariales³⁵. En definitiva, la construcción jurisprudencial no garantiza realmente el PEE, puesto que, con un artificio conceptual, sólo consigue fijar un término concreto extintivo a la relación laboral indefinida no fija, que viene a configurarse en la práctica de este modo como una temporalidad prolongada.

b) La STS de 20 de enero de 1998 y su voto particular

El carácter a mi juicio artificial de la doctrina que sustenta este criterio judicial queda patente en el voto particular formulado a la STS 20-1-1998 (RJ 1000). El voto mayoritario de la misma acoge y precisa la distinción trazada en la STS 7-10-1996 “entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla”, e interpreta lo dispuesto en el art. 19 LMRFP (recordemos que este precepto señala que “:«las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad») del siguiente modo.

- “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.”.

- Se trae a colación a este propósito el Auto del TC 858/1988, de 4 julio, afirmatorio de que «es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública, es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (artículos 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración».

- “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”.

³⁵ STS 10-10-1996 (RJ 9139).

Acepta, por tanto, esta sentencia el criterio de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública. Pero el voto particular de la misma discrepa de la opinión mayoritaria de la Sala y, por ello, de dicho criterio. En cuanto aquí importa, conviene subrayar los dos puntos nodales en los que centra su discrepancia:

- En primer lugar, el voto particular considera, a mi juicio con razón, que no existe ninguna diferencia relevante entre trabajadores fijos y trabajadores contratados por tiempo indefinido en el ámbito del empleo público, dado que:

“En el Derecho del Trabajo, tradicionalmente y desde mucho tiempo atrás, los términos de trabajador fijo o fijo de plantilla y trabajador contratado por tiempo indefinido han venido siendo utilizados como equivalentes, designando ambos a aquellos empleados cuyo nexo contractual con la entidad empleadora no era de carácter temporal, sino que se había constituido «ab initio» con vocación de permanencia; generalmente se vino admitiendo que «trabajador fijo» o «trabajador fijo de plantilla» era el vinculado a la empresa con contrato indefinido.”

Abundando en esta dirección se señala:

“Téngase en cuenta que cuando se habla de trabajador «fijo», se está indicando la «fijeza» o firmeza de su relación con la empresa, es decir su permanencia o carácter indefinido; en absoluto se alude con este término a la particular conexión del empleado con el puesto de trabajo que ocupa. En esta expresión la fijeza se refiere al vínculo o nexos contractual, no a la plaza que se desempeña. Y así un trabajador fijo puede cambiar perfectamente de puesto de trabajo a lo largo de su vida laboral, sin que por ello se altere su condición ni el carácter de su contrato;...”

Para el voto particular

“...el punto clave de esa diferencia...se encuentra en que el trabajador fijo está formalmente adscrito a una plaza de plantilla del organismo empleador, cosa que no acontece con el trabajador indefinido; lo cual, al ser empleadora la Administración Pública, determina la necesidad de aplicar tratamientos jurídicos separados a una y otra situación.”

A este respecto, el voto particular entiende

“que no es, en absoluto, acertado este planteamiento o punto de partida. El hecho de que un determinado trabajador esté o no formalmente adscrito a una plaza concreta, no altera ni puede alterar la naturaleza de su contrato laboral, ni tampoco puede impedir que, si en tal contrato se incumplen gravemente las normas reguladoras de la temporalidad, la relación adquiera la condición de fija. Es más, todo empleado desempeña un puesto de trabajo, y el hecho de que pueda existir una especial adscripción formal al mismo es algo absolutamente inocuo, de lo que no cabe deducir especiales consecuencias en cuanto a la naturaleza del vínculo ni a su duración.”

Por consiguiente, según el voto particular de la STS de 20-1-1998 la posición subjetiva del trabajador en la AP en cuanto al puesto de trabajo que ocupe (criterio de la STS del 7-10-1996) no puede afectar realmente a la naturaleza de su vínculo contractual con la AP (temporal o indefinido).

- En segundo lugar, el voto particular señala, a este propósito, que lo decisivo no es el puesto de trabajo que ocupa el trabajador contratado, como afirma la tesis de la posición subjetiva, sino

“si el contrato tiene, desde su inicio, consignada válidamente una causa de extinción del mismo en los términos legalmente autorizados, o si no la tiene. La adscripción formal del empleado a una concreta plaza carece por completo de trascendencia a estos fines, y

no añade ningún derecho más en favor de ese trabajador. Esto es obvio, por cuanto que, si en el contrato se estipuló una determinada causa de temporalidad y el hecho constitutivo de esa causa se produce, la relación laboral puede ser extinguida con plena licitud; y ello aunque dicho trabajador estuviese formalmente adscrito a un determinado puesto. Y, por el contrario, si no se expresó en el contrato causa válida de temporalidad, o la expresada no concurre, la relación no puede ser extinguida válidamente por el empresario, a no ser que se produzca alguno de los supuestos que se prevén en los arts. 51, 52 y 54 del Estatuto de los Trabajadores; y ello tanto si existe adscripción formal al puesto desempeñado, como si no existe. Y el hecho de que la entidad empleadora sea la Administración pública, no altera ni modifica, en forma alguna, la realidad y certeza de estas aseveraciones.”

En consecuencia con lo anterior, el voto particular, en conclusión objetable, rechaza que, en el supuesto enjuiciado por la STS de 20-1-1998, el contrato de trabajo pueda considerarse como indefinido, ya que “tratándose de una relación de trabajo en la que se tiene prevista una causa válida de extinción, consistente en que tal extinción se producirá en el momento en que la plaza que ocupa el interesado sea cubierta reglamentariamente, es obvio que en ese nexo contractual concurren los requisitos y elementos esenciales que configuran el contrato temporal de interinidad por vacante, el cual, si bien fue de construcción jurisprudencial, hoy en día está reconocido y regulado en el art. 4 del Real Decreto 2546/1994, de 29 diciembre..., estructurándose como una de las modalidades de los contratos temporales o de duración determinada. Por ello, no se alcanza a comprender como se puede calificar de indefinido a un vínculo laboral que responde a tales características.”

2) El criterio del cumplimiento de la condición resolutoria

a) La STS de 27 de mayo de 2002

Esta tesis se recoge por vez primera con claridad en la STS de 27-5-2002³⁶. Aunque utilizando otra fundamentación, viene a completar en parte la doctrina iniciada en la STS de 10-10-1996, especificando, al tiempo, el criterio sostenido por voto particular de la STS sobre la existencia del contrato temporal de interinidad por vacante cuya causa válida de extinción es la cobertura reglamentaria de la misma.

La STS 27-5-2002 concreta en efecto lo señalado en la STS 20-1-1998 en el sentido de que “El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término”. Para la STS 27-5-2002, si el puesto de trabajo que se desempeña mediante contrato laboral indefinido se incluye en la relación de puestos de trabajo de carácter laboral aprobada por el organismo público y dicho puesto se cubre después de forma definitiva también mediante contrato de trabajo y oferta pública de empleo, la causa adecuada para proceder a la extinción del contrato de trabajo “temporalmente indefinido” (sic) es la que actúa como condición resolutoria del contrato al amparo del artículo 49.1,b) ET. En términos de sentencia:

“cualquier causa de extinción subsumible en el apartado b) del núm. 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, es decir cualquier causa lícitamente establecida en el contrato, que no entrañe abuso de derecho, precisa ser actuada por una de las partes, porque en otro caso, la pervivencia del contrato sobrepasará la concurrencia de la causa.”

Adicionalmente, la sentencia procura anticiparse a las objeciones que pueden formularse al criterio de la interinidad por vacante en cuanto manifestación concreta de la condición resolutoria, así como su rechazo a aplicar en este caso lo previsto para el despido objetivo en los arts. 52 y 53 ET como propugnaba el voto particular a la STS 20-1-1998, afirmando que:

³⁶ (RJ 9893).

“No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad.”

Dejando al margen la continuidad de la sentencia que, siguiendo la doctrina instaurada por la STS de 7-10-1996, calificar a un tiempo el contrato de trabajo como indefinido no fijo y, además, de carácter interino, debe destacarse ahora que la tesis defendida en la misma confunde palmariamente, a mi entender, la declaración unilateral de la voluntad extintiva del contrato de trabajo –al margen de su duración, indefinida o temporal–, que ha de producirse ordinariamente a instancia de una de las partes, con la indispensable consignación de una causa válida en el contrato en el momento de su celebración, esto es, mediante la voluntad concorde de las partes sobre la causa incluida para la lícita producción del mutuo disenso, que es exigencia específica ineludible del artículo 49.1, b) ET, así como, con carácter general, del artículo 1.116 CC en cuanto a su posibilidad y licitud. Por ello, la ilícita incorporación unilateral de dicha causa ha de suponer la nulidad de la condición así establecida, preservándose la validez del contrato en lo restante (art. 9.1 ET).

b) El voto particular a la STS de 27 de mayo de 2002

Esta sentencia cuenta también con un voto particular, que especifica y amplía, a su vez la doctrina establecida en la STS 7-10-1996.

1) La especificación procura aportar un fundamento doctrinal complementario respecto de la distinción acuñada en la STS de 7-10-1996 entre duración del contrato, temporal e indefinida, y trabajadores fijos y no fijos, especificándolo del siguiente modo:

“Mientras que la clasificación de los contratos de trabajo en por tiempo determinado y por tiempo indefinido está establecida en la Ley con valor general para todos los sectores y actividades, y cumple una función normativa de primera magnitud, la distinción entre trabajadores fijos y no fijos procede de las normas sectoriales (en particular, de las ordenanzas de trabajo del campo y de la construcción), tiene un perfil normativo bastante más difuso, y se utiliza las más de las veces meramente para describir una situación de estabilidad cualificada de la relación de trabajo. Es de notar, además, que en los dos sectores de actividad en los que el concepto de trabajador fijo ha desempeñado una función normativa más precisa el significado de la fijeza no comporta necesariamente relación de trabajo por tiempo indefinido; el «fijo de obra» en la construcción es un trabajador vinculado por un contrato temporal para obra o servicio determinado; y la fijeza del trabajador del campo dependía en las Ordenanzas de trabajo de la prolongación del contrato más allá de un cierto tiempo y no de la naturaleza indefinida o determinada de la relación de trabajo.”

Desde mi punto de vista, el esfuerzo doctrinal de esta especificación no alcanza su objetivo persuasor. Básicamente, por dos razones.

En primer lugar, porque “la función normativa de primera magnitud” que tiene atribuida la clasificación entre trabajadores por tiempo determinado y por tiempo indefinido es precisamente la de establecer con la mayor nitidez posible el alcance y sentido del PPE en cuanto regla principal que debe regir la entera regulación del empleo y del mercado de trabajo, reforzando con ello la máxima continuidad de dicha relación, de forma que la misma no quede al albur de una resolución *ad nutum* por parte del empleador fundada en un incumplimiento contractual inespecífico del trabajador.

En segundo termino, porque los ejemplos de trabajadores fijos contemplados en las normas sectoriales que se traen a colación no pretenden describir “una situación de estabilidad cualificada de la relación de trabajo”, sino, por el contrario, una situación de temporalidad ampliada de dicha relación, lo que es bien distinto y revela la existencia de excepciones explícitas a aquella regla principal.

2) Por lo que hace a la referida ampliación doctrinal, ésta se produce al discrepar del criterio de la condición resolutoria, señalándose, a este propósito, que:

“la causa relacionada debe ser la extinción «por causas objetivas legalmente procedentes» (art. 49.1.l) ET) y no la extinción por causas «consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario» (art. 49.1.b) ET).”

La justificación de esa discrepancia se basa en las siguientes razones:

- La recalificación de la causa extintiva:

“En primer lugar, la pérdida del puesto de trabajo por atribución en concurso de méritos de la plaza ocupada a otro trabajador no es una causa consignada en el contrato sino una causa consignada en la Ley. Puesto que la Ley la consigna habrá que hacerla valer, pero sin forzar la vía del art. 49.1.b) ET, prevista para los pactos extintivos (o, con otra denominación, condiciones resolutorias) lícitos o no abusivos incluidos en el contenido del contrato de trabajo por voluntad de las partes. En suma, la calificación de cese por cumplimiento de condición resolutoria del supuesto enjuiciado es, en mi opinión, dogmáticamente inapropiada...”

- La pertinencia en la utilización de la causa extintiva recalificada:

“En cambio, la inclusión del cese del trabajador en la presente controversia dentro del despido procedente por causas objetivas previsto en el art. 49.1.l) del ET, definido en el art. 52.c) de la misma Ley, y regulado en el art. 53 del propio cuerpo legal no plantea inconveniente alguno en este terreno de la dogmática o sistematización de los conceptos jurídicos. No lo es desde luego, a mi juicio, el que nos encontremos ante un cese en el sector público, teniendo en cuenta que la referida causa de extinción puede ser utilizada también por las Administraciones Públicas cuando existen razones «organizativas» o de ordenación eficaz del personal que así lo justifican, como ha reconocido esta Sala de lo Social en la sentencia de de 13 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7809) y otras posteriores.”

- La aplicación de un criterio de equidad:

“La inclusión en el art. 49.1.l) ET y concordantes del cese del trabajador al servicio de la Administración Pública contratado por tiempo indefinido por atribución de su plaza a otro trabajador tiene también a su favor una razón de equidad. Si nos encontramos por hipótesis ante trabajadores contratados por tiempo indefinido no parece coherente privarles de cualquier indemnización por fin de contrato, equiparando las consecuencias de su cese a las de los trabajadores interinos, y situándolos en una posición incluso más desventajosa que la de los trabajadores que cesan en la Administración por «expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato», los cuales tienen derecho por Ley a una indemnización «de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio» [art. 49.1.c).ET].”

De estas tres razones, la primera y la tercera tienen un sustento jurídico técnicamente irrefutable si se consideran de forma aislada. Pero si esas razones se ponderan conjuntamente desde la perspectiva de la razón enumerada en segundo lugar, relativa a la pertinencia de utilizar la causa extintiva recalificada, se plantean mayores obstáculos conceptuales para su aceptación como se verá seguidamente con la STS 24-6-2014, que viene a aceptar el criterio sustentado sobre este punto por el voto particular de la STS de 27-5-2002 que acaba de reseñarse.

3) El criterio del cumplimiento de la condición resolutoria en el supuesto de amortización de la plaza cubierta interinamente

La doctrina que sustenta la tesis contemplada por el voto mayoritario de la STS 27-5-2002 ha tenido una larga vigencia. Pero la misma ha sido ampliada recientemente al supuesto de amortización de la plaza cubierta de forma interina³⁷. Así, en los términos establecidos por dicha doctrina:

“los contratos de interinidad por vacante y los del personal indefinido no fijo al servicio de la Administraciones Públicas se extinguían no sólo al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura, sino también por la amortización de la plaza vacante ocupada, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato, lo que hacía innecesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual por causas objetivas previstos en los artículos 51 y 52-c) del Estatuto de los Trabajadores”³⁸.

Se justifica esa extensión doctrinal al supuesto de amortización de plaza vacante ocupada

“tanto porque no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido el presupuesto de la modalidad contractual [la existencia de un puesto de trabajo que se desempeña -en realidad- de forma interina], con lo que nos situamos en los supuestos de los arts. 1117 del CC y 49.1.b) ET, cuanto porque existen indudables analogías entre el contrato de interinidad y el «indefinido no fijo», hallándose los trabajadores en idéntica situación”³⁹.

III. LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO INDETERMINADO A LA AMORTIZACIÓN DE PLAZA VACANTE CUBIERTA MEDIANTE CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO NO FIJO O CONTRATO DE INTERINIDAD

El tratamiento judicial que se dispensa a la amortización del puesto de trabajo desempeñado mediante contrato de trabajo no fijo o contrato de interinidad prosigue la anterior línea de interpretación integradora, que, en este supuesto, se funda en un postrer criterio relativo al cumplimiento del término indeterminado pactado y su acreditación a través del despido objetivo o colectivo⁴⁰.

Esta resolución, a la que siguen otras muchas del mismo signo⁴¹, ha procedido a recalificar la tesis de la interinidad por vacante y la aparejada condición resolutoria, para introducir el criterio del cumplimiento del término indeterminado. Además, y siguiendo en parte la argumentación del voto particular a la STS 27-5-2002, realiza otra aportación doctrinal significativa consistente en declarar que la extinción del contrato no se produce de modo automático por la amortización con anterioridad a la cobertura de la plaza por vía funcionarial, sino que es necesario que esa extinción se ajuste al procedimiento de despido objetivo o colectivo y con los efectos indemn-

³⁷ Entre otras, por las SSTS 8-6-2011 (RJ 5937), 15-10-2013 (RJ 7999), 22-7-2013 (RJ 7657), 25-11-2013 (RJ 8063), 11-2-2014 (RJ 913) y 24 de junio de 2014 (RJ 4380).

³⁸ STS 24-6-2014, cit.).

³⁹ STS 25-11-2013, cit..

⁴⁰ Criterio introducido por la STS de 24 de junio de 2014 (RJ 4380).

⁴¹ Entre otras, SSTS 15-7-2014 (RJ 4585), 9-3-2015 (RJ 2005) y 30-6-2015 (RJ 4305).

zatorios establecidos para este supuesto. Retoma así la STS de 24-6-2014 uno de los argumentos que, según se ha visto, utilizaba al efecto el voto particular a la STS 27-5-2002.

Tras recordar la doctrina tradicional que se ha traído a colación con anterioridad, la STS de 24-6-2014 la rectifica a la luz de lo establecido en la Disposición Adicional vigésima del ET, hoy Disposición Adicional decimosexta del TRET. Dicha rectificación se concreta estableciendo la doctrina que puede sintetizarse como sigue:

- “nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4-2 del R.D. 2720/1998). Obsérvese que ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo y que, cual se dijo antes no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del E.B.E.P.). La amortización de esos puestos de trabajo, mediante una nueva ordenación de los puestos de trabajo, aunque lícita y permitida por el art. 74 del E.B.E.P. no puede conllevar la automática extinción del contrato de interinidad celebrado para cubrirla porque no está prevista legalmente como causa de extinción de esos contratos sujetos a un término, a un plazo cuya mayor o menor duración se ha fijado por la norma y depende de la diligencia de la empleadora en poner en marcha los oportunos procesos de selección. La idea de que la amortización extingue el contrato porque el mismo tiene una condición resolutoria implícita en ese sentido debe rechazarse, porque, cual se ha dicho antes, nos encontramos ante una obligación a término indeterminado y no ante una condición, ya que la existencia de una condición requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 C.C.). Además, esa condición resolutoria sería nula, conforme a los artículos 1115 y 1256 del Código Civil, pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo que no es correcto, según esos preceptos.”

“Consecuentemente, estamos ante un contrato temporal que por causa de la amortización de la plaza objeto del mismo se extingue antes de que llegue el término pactado. Dejando a un lado la procedencia de la amortización, dado que el control de la validez de la nueva R.P.T. corresponde en principio a la jurisdicción contencioso administrativa, lo cierto es que nos encontramos ante un acto de la empleadora que supone la extinción de un contrato temporal antes de que llegue su vencimiento, lo que supone un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo, incluso de ganar en concurso la plaza que ocupa. Ese daño debe ser indemnizado, lo que en nuestro derecho del trabajo se hace mediante el abono de las indemnizaciones tasadas que se establecen para cada caso los artículos 51, 52 y 56 del E.T. y en los procedimientos establecidos al efecto, pues debe recordarse que, conforme a los artículos 7 y 11 del EBEP... la legislación laboral es aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas.”

“Por ello, cabe concluir que el penúltimo párrafo del art. 51.1 del E.T en cuanto parece excluir del cómputo para la determinación de la existencia de despido colectivo a los contratos temporales del artículo 49.1, c) del mismo texto legal, sólo se refiere a los contratos que finalizan por la "expiración del tiempo convenido", pero no a los que finalizan antes de que llegue su término cual acaece en los supuestos de amortización de vacantes ocupadas interinamente. Esta solución la avala la literalidad del artículo 35.2 del R.D. 1483/2012, de 29 de octubre, que, a efectos de determinar el número de extinciones contractuales cuya superación conlleva la existencia de un despido colectivo y de seguir los trámites del artículo 51 del E.T y del procedimiento regulado en los artículos 37 y siguientes del R.D. citado, dispone que "se incluirá a la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente". Igualmente avala esta conclusión el art. 1 de la Directiva 98/59 de la CE (RCL 1978, 2836), sobre despidos colectivos que impone su aplicación a los contratos temporales que se extingan antes de llegar a su término.”

En suma, se considera que

“que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52-c) del E.T. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva R.P.T. (relación de puestos de trabajo: el paréntesis es del autor), supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva R.P.T. tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos”.

De esta nueva doctrina judicial puede destacarse una doble consecuencia positiva. De un lado, la correcta calificación de que el contrato de trabajo indefinido no fijo es, realmente, un contrato temporal sujeto a un plazo indeterminado. De otro, el fortalecimiento del principio de estabilidad en el empleo (PEE), dado que la extinción del contrato por amortización de plaza vacante en virtud de la cobertura reglamentaria de la misma no opera de forma automática, sino que ha de sujetarse al procedimiento de despido colectivo u objetivo. Esta sujeción contribuye a una tutela más firme del PEE, puesto que somete la regularidad de la citada extinción a las garantías previstas para aquellos despidos. Entre ellas, la identificación, adecuación y proporcionalidad de la causa alegada para el despido, así como el reconocimiento de la indemnización establecida para estos supuestos extintivos, lo que, por lo demás, supone exceptuar la regla general del artículo 49.1, c) TRET, que, con discutible fundamento, excluye de la indemnización por fin de contrato al de interinidad.

IV. ALGUNAS PREMISAS Y CONSIDERACIONES PARA EL REEQUILIBRIO NORMATIVO

1. PREMISAS

La evolución jurisprudencial que acaba de describirse muestra la asimetría en la aplicación de los principios en liza, con innegable prevalencia de los relativos a los PIMC en el acceso a puestos de trabajo de carácter laboral en las AAPP y consiguiente sacrificio del que garantiza la estabilidad en el empleo, pese al esfuerzo integrador que la jurisprudencia ha llevado a cabo a partir de la STS 7-10-1996. En este sentido, la denominada interpretación integradora de los mencionados principios que, con sus modulaciones, ha seguido la jurisprudencia hasta la fecha, no logra el deseable equilibrio entre ellos, puesto que la pretendida compatibilidad normativa que se quiere alcanzar mediante esa interpretación opera a la postre en claro detrimento del PEE.

La solución que se articule ha de ser diversa porque, de hecho y como ya se ha reiterado, el contrato de trabajo indefinido no fijo actúa en la práctica como un contrato de interinidad, de forma que la provisión legal del puesto de trabajo que se desempeña activa la causa lícita y resolutoria del pretendido vínculo de duración indefinida y lo hace en detrimento de la garantía del PEE. Como se ha subrayado por la doctrina científica, se hace recaer así en el trabajador las consecuencias de los incumplimientos sustanciales en la contratación temporal, que habría de asumir el empleador público⁴² sometiéndose plenamente a las distintas manifestaciones del principio de legalidad, que no es patrimonio exclusivo de los PIMC sino también del PEE, con palmaria quiebra del principio de proporcionalidad y del trato equitativo que habría de recibir el trabajador en este caso.

Con la aprobación en su momento del EBEP, y ahora con su texto refundido, la línea jurisprudencial consolidada en torno a la pretendida interpretación integradora de los principios concurrentes sigue encontrando el suficiente fundamento normativo (arts. 8.1,c) y 11) como para mantener la contradictoria figura del contrato de trabajo indefinido no fijo e impedir la efectiva compatibilidad de los referidos principios. La insuficiencia armonizadora que la jurisprudencia y

⁴² M. ARENAS VIRUEZ : “Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza”. *Temas Laborales* núm. 129/2015, pp. 145-146.

la legislación aplicadas suscitan en esta materia, exigirían, de consuno, una reelaboración doctrinal y una reforma legislativa basadas en consideraciones de reequilibrio normativo que faciliten una salida ponderada a este antiguo y enquistado problema. Tales consideraciones parten de la identificación de algunas premisas básicas en la aplicación de los mencionados principios, que a continuación se exponen sintéticamente.

1ª) Tanto el PPE como los PIMC disponen, según ya se señaló, de fundamento constitucional y legal, que si bien procura a éstos últimos una inicial preeminencia por el carácter de derecho fundamental que exhibe el artículo 23. 2 CE, transmite al primero un soporte constitucional de primera magnitud en el terreno socioeconómico desde la doble dimensión que le proporciona, por un lado, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y, por otro, el deber normativo que obliga a los poderes públicos a realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), política que forma parte principal de los intereses generales a los que las AP ha de servir con objetividad (art. 103.3 CE).

2ª) Ese fundamento común, en lugar de desembocar en soluciones asimétricas, habría de propiciar la aplicación conjunta de los referidos principios y una utilización armonizadora de la técnica jurídica al servicio de los referidos intereses generales. La articulación de esta tarea requeriría descartar la errónea idea de que la pretendida incompatibilidad de tales principios obliga necesariamente a establecer una jerarquía aplicativa entre ellos, de modo que la única solución posible o preferible sea la supeditación del PEE a los PIMC.

3ª) La reforma normativa equilibrada que se abordase habría de utilizar el principio general de proporcionalidad como la argamasa que soldara de forma armónica y equilibrada los principios específicos aquí concurrentes, pero no excluyentes entre sí, de modo que su aplicación se produjera sin sacrificio innecesario de ninguno de ellos y sobre la base de su mutua y efectiva compatibilidad.

En relación a la esfera aplicativa en que el principio de proporcionalidad es exigible, la doctrina constitucional ha señalado que “El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales”. No obstante, como con claridad se desprende de esta afirmación, la aplicación de ese principio se ha vinculado asimismo en dicha doctrina a otros derechos constitucionales no fundamentales “en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos”⁴³, derivándose así dicho principio del “valor de la justicia”, del principio del Estado de Derecho” o “de la dignidad de la persona”⁴⁴. Vinculación que, a mi juicio, permite incluir en ese ámbito aplicativo y de control constitucional el PEE derivado de los artículos 35.1 y 40.1 CE.

Ahora bien, sin perjuicio del escrutinio de constitucionalidad que compete realizar al TC respecto de la aplicación de los citados principios, con carácter previo el examen del juicio de proporcionalidad “corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa”⁴⁵. El amplio margen de discrecionalidad de que la ley dispone a respecto encuentra, empero, un límite constitucional insuperable, dado que “esta relación de proporcionalidad en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona”⁴⁶.

Como es sabido, la justificación del juicio de proporcionalidad exige verificar la adecuación de la medida adoptada (si la medida es idónea en cuanto susceptible de alcanzar el objetivo propuesto), su necesidad (si no existe otra medida más moderada o menos restrictiva para alcanzar la finalidad propuesta con igual eficacia), y su proporcionalidad en sentido estricto (si la medida es ponderada o equilibrada de modo que de ella se deriven más beneficios o ventajas

⁴³ STC 55/1996.

⁴⁴ SSTC 160/1987, 50/1995 y 173/1995.

⁴⁵ SSTC 65/1986 y 160/1987.

⁴⁶ SSTC 160/1987, 111/1993 y 66/1995.

que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)⁴⁷. Entre estos parámetros de verificación importa destacar aquí la reiterada doctrina constitucional afirmando “Que la realización del juicio de necesidad compete al legislador..., que deriva, no sólo de la abstracción del principio de proporcionalidad (STC 62/1982) y de la... complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como «representante en cada momento histórico de la soberanía popular» (SSTC 11/1981, 332/1994).” Con relación a este concreto parámetro o juicio específico de necesidad, el TC ha declarado con frecuencia que “la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, 66/1985, 19/1988 y 85/1992)”. Esta especial y previa ponderación exige, por lo ya apuntado, que el legislador realice este concreto e indispensable juicio de necesidad en la fase de elaboración de la norma.

2. CONSIDERACIONES PROPOSITIVAS

Partiendo de los anteriores presupuestos, las consideraciones de reequilibrio normativo de la actual situación, innecesariamente lesiva del PEE, a partir de la admisión, jurisprudencial y legal, del contrato de trabajo indefinido no fijo, pueden sintetizarse del modo en que seguidamente se enuncia.

1ª) Supresión de la modalidad del contrato de trabajo indefinido no fijo mediante la modificación de los preceptos generales y básicos sobre los que el mismo se apoya (arts. 8.1,c) y 11 TREBEP), cancelando así la posibilidad de que las CCAA puedan a su vez establecerlo. La supresión se justifica no sólo porque su diseño supone una flagrante contradicción con el sentido y el alcance que la norma laboral dispensa usualmente al contrato de trabajo por tiempo indefinido y, con él, al PEE. También porque esa figura contractual ha creado más problemas de los que ha pretendido resolver, como lo evidencia la oscilante jurisprudencia que lo ha configurado y modulado, así como la amplia crítica que ha suscitado su emergencia y mantenimiento en un sector de la doctrina científica. Conforme ha afirmado una línea jurisprudencial de la que anteriormente se ha dado noticia, la condición de trabajador sujeto de un contrato de trabajo por tiempo indefinido comporta por lo común en el ordenamiento laboral la condición de fijeza y estabilidad en el empleo, debiendo mantenerse esta condición en la relación laboral especial de empleo público, aunque, como ahora se verá, la misma haya de adaptarse de forma compatible y no lesiva a la singularidad derivada de la observancia de los PIMC y sin menoscabo del PEE.

2ª) Reafirmación consecuente en el ámbito del empleo público de la doble y genérica tipología del contrato de trabajo atendiendo a su duración, esto es, el contrato de trabajo de carácter indefinido y el de duración determinada o temporal. Tipología erigida sobre el centro de gravedad del constitucional PEE como regla prioritaria en materia de contratación del trabajo asalariado, que sólo admite excepciones justificadas atendiendo a la causas específicas y expresas que permiten utilizar las modalidades del contrato de trabajo temporal.

3ª) Compatibilidad entre el imprescindible PEE y el inexcusable mantenimiento de la regla de oro establecida para el acceso al empleo público, que condiciona la licitud del mismo a la superación para todo el personal, funcionario y laboral, de las correspondientes pruebas selectivas conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 55 TREBEP). A tal fin es necesario atender a fórmulas de armonización normativa que sustituyan de modo equilibrado la figura del contrato de trabajo indefinido no fijo.

4ª) Aceptación de la premisa sostenida por la jurisprudencia en el sentido de aplicar íntegramente a los despidos que acuerden las AAAP para el personal con contrato de trabajo temporal los efectos legales de la indemnización o la readmisión previstos en la normativa laboral y anudados a la calificación de aquéllos como improcedentes o nulos. Pero, en consonancia con lo señalada finalidad compatibilizadora, cuando la readmisión del trabajador derive de un incum-

⁴⁷ Sobre estas medidas, ver, por todas, la STC 66/1995, de 8 de mayo.

plimiento contractual por parte del empleador público al que se anude la presunción (*iuris tantum* o *iuris et de iure*) de indefinición del contrato de trabajo temporal, tal readmisión habría de realizarse entendiendo que el trabajador se halla vinculado a la AP por un contrato de trabajo por tiempo indefinido *tout court*, sin calificación adicional alguna que excluya su fijeza, retomándose y reafirmando así el tradicional significado que esa clase de contrato ha tenido y tiene en nuestro ordenamiento laboral en cuanto a la duración indeterminada del vínculo jurídico que une a las partes del mismo y la consiguiente estabilidad en el empleo que, cuando menos en su nacimiento, denota esa clase de nexo contractual.

La necesaria compatibilidad de los mencionados principios reclama por tanto que el criterio que acaba de exponerse deba ser obligado no sólo en el caso de que no se haya exigido al trabajador la realización de específicas pruebas selectivas para ser contratado laboralmente con carácter temporal y concurren incumplimientos ulteriores por parte del empleador que comporten la indefinición del contrato y su obligada readmisión. También habrían de serlo aunque tales pruebas específicas se hayan superado y existan dichos incumplimientos, dado que esas pruebas *ad hoc* no sustituyen las que hayan de realizarse para la cobertura de puestos de trabajo de carácter indefinido⁴⁸.

5ª) Garantía reforzada del PEE, que habría de encauzarse mediante una secuencia de medidas orientadas a lograr la compatibilidad de los principios concurrentes, a fin de evitar la extinción automática del contrato de trabajo indefinido derivado de su derecho a la readmisión en los casos en que el puesto de trabajo que venía desempeñando el trabajador con carácter temporal, bien se haya cubierto con anterioridad a la readmisión por el procedimiento previsto, bien se cubra una vez readmitido.

a) En primer lugar, debe afirmarse el derecho que, en términos generales, asiste al trabajador a ser readmitido con carácter indefinido en su puesto de trabajo. No cabe que el empleador alegue la imposibilidad de readmisión por inexistencia de la plaza o puesto de trabajo cuando éste no ha sido regularmente amortizado⁴⁹.

b) En segundo lugar, si la plaza se hubiera amortizado o cubierto regularmente por funcionario de carrera, nada obsta a que puedan aplicarse al trabajador con contrato indefinido las reglas sobre movilidad previstas en los convenios colectivos de aplicación o, subsidiariamente, las establecidas al efecto para el personal funcionario de carrera (arts. 7 y 83 TREBEP). Debe tenerse en cuenta, en segundo término, que esta regla específica se supedita a la general sobre planificación de los recursos humanos en las AAPP sobre la base de la potestad organizativa que éstas tienen atribuida (art. 69.1 TREBEP). En su virtud, los planes de ordenación de los dichos recursos que puedan existir están facultados para incluir asimismo medidas de movilidad de los “recursos humanos” (art. 69.2, c, TREBEP), locución que comprende desde luego al personal de régimen laboral.

Con todo, ya se trate de la aplicación de reglas específicas o generales, es preciso recordar que los empleados públicos ostentan el derecho a la ocupación efectiva o desempeño efectivo de “las funciones o tareas propias de su condición profesional” (art. 14, b) TREBEP) y, por consiguiente, al desempeño de un puesto de trabajo de acuerdo con el sistema de estructuración del empleo público que establezcan las leyes de desarrollo” del TREBEP (art. 73.1 TREBEP). Ese derecho constituye, al tiempo, una manifestación reforzada del PEE, revistiendo una especial significación y trascendencia en el supuestos aquí contemplados de necesaria movilidad del trabajador readmitido y cuyo puesto de trabajo ha sido reglamentariamente cubierto, ya que su incumplimiento por parte del empleador implicaría una grave desvirtuación práctica del PEE, amén de la directa vulneración del mencionado derecho y la exigencia de la consiguiente responsabilidad al empleador público.

⁴⁸ STS 10-12-1996 (RJ 9139).

⁴⁹ SSTs 28-12-2000 (RJ 2001/1877) y 5-10-2001 (RJ 8849).

La situación de movilidad funcional habría de prolongarse el tiempo necesario para que el trabajador pudiera superar las pruebas selectivas previstas para cubrir un puesto de trabajo de plantilla adecuado a su grupo profesional, área funcional, categoría o especialidad. La evitación de posibles abusos exigiría recoger en la ley la obligación del trabajador de presentarse a las pruebas selectivas convocadas, salvo fuerza mayor acreditada.

Por otra parte y en aras de una ponderada resolución del procedimiento de selección al que concurra el trabajador a estos efectos, debería admitirse la aportación acreditada por todos los aspirantes, y su consiguiente valoración como méritos por el órgano juzgador, de los relativos a los puestos de trabajo desempeñados en las AAPP de igual o equivalente categoría a los que sean objeto del procedimiento selectivo, a las funciones desarrolladas en tales puestos y a su duración, así como al informe valorativo que sobre la prestación de los servicios se emita por parte de la AP empleadora.

c) En tercer lugar, si no existiera realmente puesto de trabajo al que pueda movilizarse al trabajador o los existentes no fueran adecuados a su grupo profesional, área funcional, categoría o funciones, la estabilidad en el empleo que supone el vínculo contractual indefinido, cuya efectividad encauza la obligada readmisión, requeriría una modificación legal que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92 del TREBEP, introdujera en el artículo 45 del TRET una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo indefinido del trabajador readmitido fundada en la imposibilidad de consolidar el puesto de trabajo sin haber realizado la correspondiente prueba de acceso⁵⁰, ya que la sentencia condenatoria a su readmisión con vínculo laboral indefinido no puede en ningún caso sanar el incumplimiento del PIMC.

De forma semejante a lo señalado para el supuesto de movilidad funcional, la debida garantía del PEE requeriría que la suspensión del contrato se mantuviera hasta tanto el trabajador superase la prueba de acceso exigida para el desempeño de otro puesto de trabajo adecuado. La evitación de posibles abusos exigiría, sin embargo, recoger en esta causa suspensiva la obligación del trabajador de presentarse a las pruebas selectivas convocadas, salvo fuerza mayor acreditada y con igual aportación y valoración baremada de los méritos acreditados en el empleo público que las indicadas para el supuesto de movilidad funcional.

Por lo demás, la técnica suspensiva es de todo punto adecuada a este supuesto, teniendo en cuenta que, en la dogmática laboral, mediante un único contrato de trabajo puede desempeñarse para un mismo empleador uno o más puestos de trabajo, ya sea de forma simultánea, ya de forma sucesiva, acudiendo para ello al instituto de la movilidad funcional durante la ejecución del contrato de trabajo o a su suspensión si tal movilidad no fuera objetivamente posible. De aquí que, como ya he señalado en otro lugar, “Sobre la base de la normativa laboral aplicable en este punto, no es admisible, por tanto, la tesis jurisprudencial de que el trabajador indefinido no fijo ‘tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación’, de modo que su relación laboral ‘está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa’⁵¹.”

Por otra parte, en tanto se mantenga la causa de suspensión el trabajador habría de considerarse en situación legal desempleo dado el carácter involuntario de la imposibilidad transitoria de desempeñar el puesto de trabajo que ha sido objeto de cobertura reglamentaria. La aplicación de esta causa exigiría, claro está, incorporarla al elenco de supuestos que configuran dicha situación legal en el artículo 267 de la Ley General de Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

⁵⁰ Piénsese, a modo de ejemplo de lo que se dice, en que la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural comprende el período necesario para la protección de la seguridad o la salud de la trabajadora “y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado” (art. 26.3 Ley 31/1995, de 8 de noviembre).

⁵¹ V. MARTÍNEZ ABASCAL Y J. B. HERRERO MARTÍN: *Sistema...ob.cit.*, p. 243 de la versión en papel y de la digital de consulta y descarga gratuitas (www.publicacions.urv.cat).