

EL LIMBO DE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS EN LA ADMINISTRACIÓN

La invención del indefinido no fijo, un término que envuelve una curiosa oposición dialéctica, “un oxímoron de naturaleza intrínsecamente patológica” (como lo ha calificado algún pronunciamiento dictado en suplicación) y que no es más que el frágil producto de una larga, incierta y mudable evolución de la doctrina del Tribunal Supremo desde que STS 7-10-1996 (RJ 74929), y luego las SSTS (Pleno) 20 y 21-1-1998 (Ar. 1000 y 1138), le dieran a luz. Una evolución en la que las naturalezas jurídicas y el recurso a las analogías se han venido sucediendo hasta el punto de borrar, si alguna vez la tuvo, su identidad. Y es que el indefinido no fijo ha sido definido y defendido con la misma rotundidad y de forma sucesiva como: contrato temporal sometido a condición resolutoria, como contrato temporal sometido a término y como contrato indefinido atípico. Mucho tiempo ha pasado y la duda persiste. A día de hoy, el indefinido no fijo vaga por el purgatorio de las categorías jurídicas con su pecado original, es un alma en pena que no posee ni cuerpo ni forma definida.

Corría el año 1996 cuando la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, con el propósito de afrontar la multitud de fraudes cometidos por ciertas Administraciones Públicas a la hora de contratar a personal temporal, creó la figura del indefinido no fijo. Esto sirvió, en cierta medida, para ajustar las condiciones de esos trabajadores a los principios de igualdad, capacidad, mérito y publicidad. Sin embargo, más de 20 años después, sigue siendo una fórmula controvertida.

Se acogen a esa condición todos aquellos trabajadores que, durante la prestación de sus servicios, han sufrido cualquier tipo de abuso en cuanto a su condición de contratación temporal y lo reclaman judicialmente.

Este es un punto importante ya que una Administración Pública no puede contratar directamente a alguien como indefinido no fijo, sino que debe ser un juez el que otorgue esa condición. Para ello, se ha debido probar que la temporalidad del contrato era excesiva o que se han encadenado excesivos contratos de duración determinada, por ejemplo.

Por lo tanto, el indefinido no fijo es un trabajador situado en una especie de limbo. Y es que no puede considerarse indefinido o fijo, pero tampoco temporal.

La conversión en indefinido de un contrato temporal en la Administración Pública deviene necesaria cuando se detecta judicialmente fraude en la contratación. La relación indefinida por fraude en la contratación de la Administración Pública se convierte en un vínculo laboral que goza de gran estabilidad y un régimen jurídico dotado de una seguridad que está normalmente ausente en el marco empresarial privado y se convierte en muchos casos en una garantía de mayor estabilidad, con ciertos beneficios y el aprovechamiento de muchas ventajas al igual que el empleado público de carrera.

El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que no está sometido, directa o indirectamente a término, pero esto no supone que el trabajador consolide una condición de fijeza en la plantilla, puesto que su plaza puede ser amortizada o cubierta a través del procedimiento reglamentario, en cuyo caso cesa el contrato y no tiene iguales derechos que el indefinido de una empresa privada.

Esta distinción entre empleados públicos viene reconocida en el art. 8.2 c del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) que se refiere al «personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal», y en la que se apoya la tesis jurisprudencial de que las irregularidades en la contratación de los contratos temporales no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues se vulnerarían los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público y que es de aplicación tanto a funcionarios como a empleados laborales.

No se admite la consolidación de la condición de fijeza por el personal contratado temporalmente en las Administraciones Públicas, al margen de los procesos de selección por la mera persistencia de la contratación laboral o por el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo.

Es el art. 55 del EBEP el que regula el derecho al acceso público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: «1. *Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.* 2. *Las Administraciones Públicas, entidades y*

organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados [...]».

La posición del Tribunal Supremo aparece definitivamente fijada y ha permanecido invariable a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996 en la que se establece que *“la contratación 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”*.

La reciente sentencia del TS de 19 de octubre de 2020 ha dejado claramente establecido que, para que pueda reconocerse la transformación de un contrato de interinidad temporal a indefinido no fijo no basta con que hayan transcurrido más de 3 años en los términos del artículo 70 del EBEP, sino que será necesario que haya habido por la Administración un fraude o abuso que haya determinado que no se haya cubierto o amortizado el puesto de trabajo.

También se pronuncia la Sala en relación al artículo 49.1c) del Estatuto de los Trabajadores que no prevé el abono de indemnización alguna en la extinción conforme a derecho de los contratos de interinidad, señalando que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que este régimen indemnizatorio extintivo no vulnera la normativa europea en materia de igualdad de trato entre trabajadores indefinidos y temporales, porque considera que, en un contrato de duración determinada o temporal, las partes conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que supondrá su término; frente a los supuestos de extinción de un contrato fijo a iniciativa del empresario que implica circunstancias que no estaban previstas en el contrato, por lo que la diferencia en cuanto a las indemnizaciones vendría justificada *“precisamente a fin de compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación”*. La Sala Contencioso-Administrativa del TS no es partidaria tampoco de establecer indemnización, en el caso del despido de los interinos indefinidos fijos porque se exige una vinculación sucesiva de varias relaciones de servicio.

Al contrario de lo que sucede con los trabajadores fijos de la Administración Pública, los indefinidos no fijos sí pueden ser cesados de su puesto. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el personal interino o eventual, han de darse unas condiciones muy específicas para ello: la amortización definitiva de la plaza ocupada por el indefinido no fijo y por cobertura definitiva mediante concurso u oposición de la plaza ocupada por el indefinido no fijo. Además, los indefinidos no fijos no pueden ser cesados por un empleado fijo de la Administración que quiera llegar a ese puesto mediante un proceso de promoción interna o de concurso de traslados y cualquiera de estos supuestos dará lugar a la nulidad e improcedencia del cese. La marea de sentencias contrapuestas del TJUE provoca incertidumbre e inseguridad jurídica y suponen una intromisión en el poder legislativo y del ordenamiento Jurídico. La consideración de fijeza es inasumible desde el contexto de nuestro sistema legal y constitucional, porque se destruyen los principios básicos que apuntalan el acceso al empleo público fijo, y no sólo porque se contemple en la normativa legal sino que arraiga en normas de nuestra Constitución y la cesión de soberanía para acceder a la U.E. no alcanza tales cotas.

La solución puede alcanzarse por otras vías que habría que explorar, a través del recurso a la indemnización, ya sea por causas objetivas o la prevista para la improcedencia en el momento de la finalización de la relación indefinida no fija, o incluso a través del cauce de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración utilizando una fórmula indemnizatoria objetiva.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia comunitaria, vacilante y no concluyente, y nuestras fuentes del Derecho, no parece sostenible la declaración judicial de fijeza.

En definitiva, la situación de los trabajadores indefinidos no fijos dentro de la Administración Pública puede parecer un tanto delicada a simple vista. Sin embargo, se encuentran muy protegidos en términos judiciales y tienen bastantes garantías de poder conservar la plaza que ocupan cuando haya un proceso de concurso-oposición destinada a ocuparla. Además, si se comparan sus derechos con los del resto del personal laboral, salta a la vista que gozan de un mayor resguardo al considerarse que, previamente, han sido víctimas de un abuso laboral en términos de temporalidad.