

## RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

### LA DELIMITACIÓN DEL ESTATUTO DEL TRABAJADOR INDEFINIDO POR IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de mayo de 2006*

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO \*

**SUPUESTO DE HECHO:** La Sentencia del Tribunal Supremo de tres de mayo de 2006 resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 14 de febrero de 2005, dictada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid de 22 de abril de 2004 contra la resolución de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid en la que se le denegaba al actor la excedencia voluntaria por incompatibilidad por no tener la condición de fijeza de plantilla.

El actor tenía la condición de indefinido declarado por sentencia firme, le era de aplicación el Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, y pretendió pasar a la situación de excedencia derivada de la aplicación de la Ley 53/1984, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, al haber sido llamado para ocupar una plaza de profesor interino de FP.

La sentencia del Tribunal Supremo, reiterando los argumentos expuestos en un supuesto similar —sentencia de 29 de noviembre de 2005—, desestima el recurso planteado por el actor, confirmando así la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia. El argumento principal en que se basan los pronunciamientos citados está en que la condición de indefinido, y no fijo, del actor le impide acceder a la situación de excedencia, tanto sea

\* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ésta voluntaria como derivada de un puesto de trabajo incompatible con el que venía desempeñando.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo confirma, en casación para la unificación de doctrina, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 14 de febrero de 2005, estableciendo como doctrina el criterio fijado en la misma, frente al aducido por el recurrente y contenido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 26 de mayo de 2000.

La sentencia que comentamos reitera, como hemos dicho, la doctrina de la anterior sentencia de 29 de noviembre de 2005 casi en los mismos términos. Dicha doctrina se contempla perfectamente en el fundamento jurídico tercero de la sentencia. Según argumenta el Alto Tribunal: «La naturaleza de este vínculo y su provisionalidad llevan a la conclusión de que no puede aplicarse al mismo la institución de excedencia voluntaria especial que contempla el artículo 10 de la Ley 53/1984. En primer lugar, porque la excedencia funciona como una garantía de la estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, pues la Administración está obligada a proveer la plaza de acuerdo con los procedimientos reglamentarios de selección. Además, la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente «un derecho preferente al ingreso en las vacantes de igual o similar categoría» y este derecho que puede otorgarse al trabajador no puede concederse al indefinido no fijo, porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa». Y concluye: «La incompatibilidad sobrevenida no puede dar al trabajador más derechos de los que tenía. El único eventual derecho que podría tener el trabajador indefinido no fijo sería, si la plaza continuara vacante, el de obtener una adscripción provisional mientras se procede a su provisión definitiva».

De esta forma, se aporta un dato más en la definición del estatuto del trabajador con un contrato «indefinido» por irregularidad en la contratación en la Administración Pública, incidiendo en su semejanza con la interinidad por cobertura de vacantes. Tan es así que tal como afirma la sentencia, citando doctrina anterior, «el estatuto del trabajador indefinido no fijo se aproxima a la interinidad por vacante desde el momento que la existencia del vínculo pende de la provisión del puesto desempeñado a través de los procedimientos legales; en ese momento, como señala, la sentencia citada en último lugar, el contrato se extingue en virtud del artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, sin que sea aplicable lo previsto en los artículos 52 y 53 del mismo texto legal». Siendo así, y partiendo de que, según



argumenta el Tribunal Supremo, «es sabido que la aplicación de la excedencia a los vínculos temporales presenta dificultades prácticamente insuperables», la conclusión es obvia: no es aplicable el derecho de excedencia voluntaria por incompatibilidad a quien es trabajador indefinido no fijo en la Administración pública.

### ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. FIJOS E INDEFINIDOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
  - 2.1. La definición de una forma específica de relación laboral: el contrato indefinido en la Administración Pública
  - 2.2. La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación por parte de las administraciones públicas. La STS de 3 de mayo de 2006
3. EL SIGNIFICADO DE LA NUEVA DA 15.<sup>a</sup> ET A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## 1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que comentamos, junto a la anterior en el mismo sentido de 29 de noviembre de 2005, aporta un dato más en la definición del estatuto del trabajador indefinido no fijo; esto es, de aquel cuya situación contractual ha devenido así por contratación irregular por parte de la Administración. Esta situación contractual, que deriva de la distinción consagrada tras la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996<sup>1</sup> (siendo ponente de la misma el Magistrado D. Antonio Martín Valverde), requería, por la novedad que suponía en su momento, la definición del estatuto jurídico aplicable a la misma. Dicha definición tiene, quizá, su hito más importante en la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002<sup>2</sup>, donde, precisamente con el voto en contra de D. Antonio Martín Valverde, se deniega la necesidad de instrumentar la extinción del contrato de trabajo por cobertura reglamentaria del puesto de trabajo que ocupaba el trabajador indefinido a través del despido objetivo. El argumento de que se parte para la definición de dicho estatuto jurídico —en esa ocasión en relación con el aspecto principal de determinar las posibles causas de extinción del contrato— se centra en la declaración de nulidad parcial de la cláusula de temporalidad, que se sustituye por la causa genérica de extinción prevista en el

<sup>1</sup> Núm. R 3307/1995.

<sup>2</sup> Núm. R 2591/2001.

apartado b) del art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores. De esta forma, se habilita la posibilidad de que la ocupación de la plaza por el procedimiento reglamentario conforme los preceptos legales y los principios constitucionales de mérito y capacidad actúa a modo de condición resolutoria pactada del contrato indefinido y se rechaza la aplicación de los arts. 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores. Y todo lo anterior porque, según el argumento de la mayoría de la Sala, la proclamación de la absoluta identidad entre indefinidos y fijos que ello conllevaría incurrir «en ofensa de los principios constitucionales de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad».

Este fue el hito principal en la definición del tan reiterado estatuto jurídico del trabajador indefinido, dado que los antecedentes pronunciamientos jurisprudenciales se quedaban en la definición de la figura (inicialmente en la sentencia de 7 de octubre de 1996). Ello, aunque, efectivamente, en algunos de los citados pronunciamientos del Tribunal Supremo, fundamentalmente en las sentencias de 20 y 21 de enero de 1998, se precisara cuál era el sentido de tal carácter indefinido, pero no fijo, del contrato. Tal como se definió en estas sentencias citadas, «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».

Pues bien, en esta progresiva delimitación del estatuto del trabajador indefinido no fijo (o temporalmente indefinido)<sup>3</sup> de las administraciones públicas, que se ha venido concretando en sucesivos pronunciamientos del Tribunal Supremo, la sentencia comentada aporta un elemento más; aparentemente menor, pero con cierta trascendencia si se analizan tantos los fundamentos de que parte, como los efectos que pudiera tener en comparación con otros derechos similares y con la propia equiparación de derechos entre trabajadores temporales e indefinidos o fijos. E, incluso, si se hace un aná-

<sup>3</sup> Como fue definido en la sentencia de 27 de mayo de 2002. Así lo refiere claramente la sentencia de 3 de junio de 2004 (Núm. R 1466/2003). En este sentido confr., por todos, Molero Marañón; «La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido»; *Relaciones Laborales I/2004*; págs. 157 y ss.; específicamente sobre la denominación, fundamentos y evolución doctrinal de esta «nueva figura», tal como la denomina la autora, en págs. 162 y ss. También puede verse, en relación con la sentencia de 27 de mayo de 2002, PÉREZ REY; «El contrato indefinido temporal: un paso más en la disciplin jurisprudencial de la contratación temporal en el seno de la Administración pública (comentario a la STS (4.ª) 27-5-2002, REC. 2591/2001)»; *Revista de Derecho Social* núm. 19; págs. 147 y ss.; y LAHERA FORTALEZA; «La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública (comentario a la STS 27 de mayo de 2002)»; *Relaciones Laborales II/2002*; págs. 679 y ss.



lisis de oportunidad, desde la perspectiva de la propia gestión de recursos humanos en la Administración, dada la importancia de la institución afectada (excedencia por incompatibilidad) en la situación del personal indefinido que accede a otros puestos de trabajo en la misma (en determinadas ocasiones como vía para regularizar situaciones de los propios trabajadores contratados irregularmente)<sup>4</sup>.

Pero, además, sentencias como ésta tienen un elemento de oportunidad añadido aunque involuntario. Nos referimos a la relación que parece indudable establecer entre la doctrina del Tribunal Supremo y la nueva disposición adicional 15.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores incorporada por el RDL 5/2006. Sin duda, la relación entre fijos e indefinidos cobra, de nuevo, una importancia destacable desde el momento en que dicha nueva disposición pretende asegurar la aplicación de lo dispuesto en el art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a la Administración pública sobre la base del respeto necesario a los principios de mérito y capacidad. La relación entre dicha disposición, la aplicabilidad del art. 15.5 del Estatuto y la doctrina del Tribunal Supremo a estos efectos es obvia. Por ello, decimos, que una reflexión en torno a la misma y en relación con pronunciamientos jurisprudenciales al respecto es necesaria además de oportuna.

## 2. FIJOS E INDEFINIDOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### 2.1. La definición de una forma específica de relación laboral: el contrato indefinido en la Administración Pública

La relación entre los principios de legalidad al que debe someterse, como regla general e ineludible de actuación, la Administración pública, y los principios de mérito y capacidad en el acceso a la misma, como forma de efectividad del principio de igualdad de todos los ciudadanos, ha justificado la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la aplicación, en el ámbito de las administraciones públicas, de las normas sobre la interdicción de fraude en la contratación temporal previsto en el Estatuto de los Trabajadores y, sobre todo, de la consecuencia jurídica sustantiva prevista para los supuestos de incumplimiento normativo en este tema.

La dificultad de encontrar un equilibrio satisfactorio entre la previsión legal que, aplicada en todas sus consecuencias, suponía necesariamente con-

<sup>4</sup> En este sentido, aun sin que tenga una relación con el caso, habría que recordar la intención de las partes negociadoras del Acuerdo para la modernización y mejora de la Administración pública de 2002. En este sentido, confr. las reflexiones sobre el tema de MOLERO MARAÑÓN; *op. cit.* págs. 157 y ss.

siderar como indefinido (sin artificios y con plenos derechos) al trabajador irregularmente contratado, y la efectividad de los referidos principios de mérito y capacidad, que necesariamente imponen la exclusión de cualquier forma de acceso que no sea la legalmente establecida para garantizar la efectividad del principio de igualdad en dicho acceso a la función pública, justifica el planteamiento del Alto Tribunal; pero ha conllevado, al tiempo, la necesidad de construir, paso a paso, la definición del estatuto concreto del trabajador indefinido no fijo. De esta forma, la cuestión principal derivó de la previa y mera distinción, aparentemente nominal en la primera sentencia de 7 de octubre de 1996, cuando afirmaba el Tribunal Supremo, sin más, que «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».

Antes, el Tribunal Supremo había afirmado el sometimiento de la Administración a la legislación laboral cuando acudía a esta forma jurídica de provisión de personal. Siendo así, y conforme a la necesaria sujeción al principio de legalidad consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, la Administración debía cumplir con la previsión contenida en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores sobre la interdicción de la contratación fraudulenta y, por tanto, con la consecuencia jurídica sustantiva prevista: la declaración como indefinidos de los trabajadores afectados<sup>5</sup>.

En este sentido, puede ser paradigmático lo que decía la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991<sup>6</sup>, cuando afirmaba en su fundamento jurídico tercero 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». Ello lleva al Tribunal Supremo a concluir en aquel momento que: «negar tal sometimiento, iría en contra del claro man-

<sup>5</sup> Un análisis detallado sobre la evolución jurisprudencial al respecto y sobre la fundamentación legal de sus argumentos la hace NICOLÁS BERNARD; «La contratación temporal irregular en la Administración pública: evolución jurisprudencial»; *Aranzadi Social* núm. 2/2000; págs. 51 y ss.

<sup>6</sup> Núm. R 1072/1990.



dato 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», remitiendo el mandato del citado art. 19 de la Ley para la reforma de la Función Pública sólo «al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento del personal laboral por parte de la Administración».

De esta forma, el Tribunal Supremo, corrigiendo la doctrina precedente que antepone los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública<sup>7</sup>, declaraba el sometimiento a las normas establecidas en el Estatuto de los Trabajadores como una consecuencia ineludible del principio de legalidad al que están sujetas.

En aquel momento, el equilibrio buscado estaba en aceptar que «las meras 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 núm. 3 de la Constitución»; también en comprender que no existía fraude en la contratación «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»<sup>8</sup>.

Pero ello no significaba «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, coyuntural y sectorial que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo» porque ello «chocaría frontalmente, como se dijo, con el principio constitucional de legalidad».

Además, la consecuencia jurídica sustantiva prevista, era asumible por parte de la Administración; porque, tal como afirmaba la sentencia referida, no existía «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».

<sup>7</sup> Por ejemplo las sentencias de 9 de octubre de 1985 () y 16 de enero y 22 de octubre de 1986 (RJ 1986/5875). También la sentencia, a la que después aludiremos, de 24 de abril de 1990 (RJ 1990/3490).

<sup>8</sup> Sobre los supuestos específicamente cualificados como fraude en la contratación, NICOLÁS BERNARD; *op. loc. cit.*

Sin embargo, la utilización abusiva de esta consecuencia jurídica y la extensión de la contratación laboral en el seno de las administraciones públicas justificó seguramente un cambio de criterio en la doctrina del Tribunal Supremo. Si en la citada sentencia de 18 de marzo de 1991 se afirmaba, como límite a la aceptación de la consecuencia jurídica 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 funcional», posteriormente este mismo argumento podría ser utilizado desde la perspectiva de otras formas de relación (laboral) que lejos de ser esporádicas o marginales se generalizaban.

Así se llega a la definición de contrato indefinido, por oposición al trabajador fijo de plantilla con plenos derechos en el ámbito de la Administración pública; aunque, como decimos, sin definir, ni delimitar originalmente de manera precisa cuál era el contenido de tal distinción.

Pero esta indefinición originaria en la sentencia de 7 de octubre de 1996 va a ir dirigiéndose hacia una concepción temporal del vínculo contractual que une al trabajador contratado irregularmente con la Administración empleadora. Así se admite, en un juego de conceptos no exento de crítica, el no sometimiento a término del vínculo pero, al tiempo, el sometimiento de la vigencia del contrato a una especie de condición como sería la cobertura o amortización del puesto de trabajo; una cobertura bajo los procedimientos legales y reglamentarios a la que estaría obligada la propia Administración (lo que hace que se discuta realmente si esto no es en sí mismo un término aun de fecha incierta). Nace así el concepto de contrato temporal indefinido cuya verdadera definición va a estar no en su denominación, más o menos afortunada, sino en la delimitación del estatuto del trabajador afectado, progresivamente más próximo al trabajador temporal hasta el punto de que la verdadera consecuencia jurídica va a estar en la denegación de los derechos que pudieran corresponder a un trabajador indefinido por la extinción de su contrato<sup>9</sup>.

El voto particular formulado por el magistrado D. Luis Gil Suárez en la sentencia ya citada de 20 de enero de 1998 sistematiza críticamente la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido; afirmando, incluso, que la propia doctrina de la sentencia de 7 de octubre de 1996 suponía, en cierto sentido, una continuación (continuidad es el tér-

<sup>9</sup> Como afirma MOLERO MARAÑÓN (*op. cit.* pág. 169), «dicho contrato, como indica la sentencia de unificación, responde a una misma causa y necesidad que la modalidad de interinidad por vacante o, lo que es lo mismo, el nuevo tipo tiene una única razón de ser: cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva».



mino que emplea) de la doctrina precedente sobre la aplicación del art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito de la Administración pública.

Y en cierto sentido fue así. Como decimos, hasta los pronunciamientos jurisprudenciales donde empieza a delimitarse cuál es el verdadero sentido de la distinción entre fijos de plantilla e indefinidos no fijos —donde empieza a delimitarse, sucesiva y progresivamente, en definitiva el estatuto de estos últimos—, no encontramos verdaderamente una ruptura con la doctrina precedente; una ruptura que, en gran medida, no era sino volver al sentido de sentencias como las de 24 de abril de 1990.

En esta última sentencia citada se afirmaba, en relación con el reiterado conflicto entre el obligado cumplimiento de lo prescrito en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y el respeto necesario a los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, lo siguiente: «mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario privado, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional (artículos 14 y 103 de la Constitución) y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia». Este argumento llevaba, en ese momento, al Tribunal Supremo a calificar la situación del trabajador irregularmente contratado como «una situación de interinidad en sentido amplio que justificaría el mantenimiento de la relación hasta que se produzca la cobertura».

Si vemos con cierto detenimiento este último pronunciamiento podríamos comprobar que el hito que representó la sentencia de 7 de octubre de 1996 —quizá involuntario por parte de la Sala si atendemos a cómo el ponente de la sentencia después formula voto particular en contra del sentir mayoritario en la importante sentencia de 27 de mayo de 2002 cuando se define qué efectos tiene la consideración de indefinido a efectos de despido o extinción del contrato— suponía el inicio progresivo hacia una clara inclinación a favor de la efectividad de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública. Seguramente, como decimos, por los argumentos expuestos<sup>10</sup>.

El resultado final ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración pública que se asimila a una forma de relación temporal. No es tan cierto que no sometida a término —como se ha intentado poner de manifiesto por parte del propio Tribunal

<sup>10</sup> A los que cabría añadir los expuestos en su momento por ALFONSO MELLADO; «Contratación temporal en unificación de doctrina»; *Revista de Derecho Social* núm. 18; pág. 168.

Supremo—, porque si la cobertura de la vacante —o, en su caso, la amortización de la plaza— es obligación de la Administración es claro que el término ha de producirse, aunque éste sea incierto.

La justificación de esta solución en la construcción jurídica en torno a la nulidad parcial del contrato, de tal modo que la vulneración de la norma legal afectara, exclusivamente, a la cláusula del contrato en que se especificaba la temporalidad del mismo supone, sin duda, un ejercicio un poco forzado de interpretación <sup>11</sup>. No ya porque acude quizá de forma excesivamente genérica al art. 49.b) del Estatuto de los Trabajadores para completar la regulación legal que viene a sustituir a la cláusula que se entiende nula <sup>12</sup>, sino por el propio hecho de cuál es la causa de nulidad y sus efectos.

Efectivamente, la causa que invalida realmente el contrato puede situarse, efectivamente, en la prolongación excesiva o en el carácter fraudulento de la contratación; pero lo que sin duda justifica la solución jurisprudencial es el quebrantamiento de los principios de mérito y capacidad como forma de acceder a la función pública. Si es así, por qué no aceptar la nulidad de todo el contrato dado que el vicio afecta a todo él y no sólo a una parte o cláusula del mismo.

Pero todo ello responde a otra cuestión. Tanto el origen como el fundamento de esta figura, contradictoria en su propia terminología, simplemente pretende cohonestar la aplicación de los principios tan reiteradamente señalados, acabando a favor de la preeminencia de los de mérito y capacidad. No tanto, como decíamos, en la sentencia de 7 de octubre de 1996, sino, posteriormente, en los distintos pronunciamientos que definen el estatuto del trabajador indefinido (y que nos dicen, finalmente, qué es esta figura porque nos dice qué consecuencias jurídicas tiene) que claramente asimilan la declaración de indefinido a una relación temporal.

<sup>11</sup> De creatividad, lo denomina PÉREZ REY; *op. cit.* pág. 154.

<sup>12</sup> A este respecto es más que interesante la reflexión de MARTÍN VALVERDE en el voto particular a la sentencia de 27 de mayo de 2002; según afirma «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»; por ello, concluye que «la calificación de cese por cumplimiento de la condición resolutoria del supuesto enjuiciado es, en mi opinión, dogmáticamente inapropiada, como lo es también la metáfora de la *conditio legis*, que desvirtúa el concepto de condición como elemento accidental de los contratos y las obligaciones que tiene su origen en la autonomía de la voluntad...». PÉREZ REY afirmaba, al respecto (*op. cit.* pág. 159), que dicha condición así concebida dejaba a la Administración en una «posición de absoluto dominio que le permite, a su antojo, decidir la extinción del contrato, desde el momento en que el cumplimiento de la condición depende de su exclusiva voluntad en franca oposición al veto de condiciones postestativas (art. 1115 CC) y creando un desequilibrio contractual que no parece tener cabida en las reglas que disciplinan con carácter general el régimen de los contratos (confr. 1256 CC)».



Y en ello insiste sin cortapisas la sentencia que comentamos. No sólo no duda en calificar como temporal la relación del trabajador indefinido, sino que justifica en esta naturaleza temporal de la relación la exclusión del derecho a obtener la excedencia voluntaria (tanto la común como la derivada de incompatibilidades); incluso obviando, hasta cierto punto, el principio general de igualdad de derechos entre trabajadores temporales y fijos. De esta forma, da un paso más no sólo en la afirmación de lo ya asentado sobre la definición del trabajador indefinido en la Administración (incluso en contra del empleo de este término en el propio convenio aplicable, que usa dicho término en el sentido legal único previsto)<sup>13</sup>, sino en la delimitación de su estatuto, auténtica cuestión importante para saber cuál es el elenco de derechos del trabajador declarado indefinido frente al trabajador fijo.

## 2.2. La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación por parte de las administraciones públicas. La STS de 3 de mayo de 2006

Como hemos venido diciendo, la auténtica importancia de la diferenciación entre indefinidos y fijos en la Administración se sitúa en la delimitación de cuál sea el estatuto de la especie —el trabajador indefinido— frente al género —trabajador fijo de plantilla, único que lo será por acceder conforme a los procedimientos legales de acceso a la administración—<sup>14</sup>.

Como también hemos tenido ocasión de referir, los primeros pronunciamientos judiciales al respecto en la doctrina del Tribunal Supremo no iban más allá de la definición de la figura; insistimos, por oposición a quien debería reservarse, en exclusiva, la condición de fijo de plantilla. Si la condición de indefinido debería referirse simplemente a la vigencia del contrato

<sup>13</sup> En este sentido, la sentencia que comentamos ha de aclarar la referencia a los trabajadores indefinidos del convenio para afirmar que «...la expresión trabajadores indefinidos debe entenderse aquí referida a los trabajadores fijos sin incluir a los trabajadores indefinidos no fijos, que no pueden participar en estos concursos, pues ello sería contrario no sólo a la delimitación jurisprudencial de esta categoría, sino a los preceptos legales y constitucionales que regulan el acceso al empleo público sea funcionarial o laboral (artículos 14 y 103. 3 de la Constitución y artículo 19 de la Ley 30/1984)».

<sup>14</sup> Sobre la importancia de dicho estatuto en la propia definición jurisprudencial de la figura es muy interesante ver lo que decían GOERLICH PESET y VEGA LÓPEZ en 1998. *Vid.* al respecto su trabajo «¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla»; *Relaciones Laborales I/1998*; específicamente en págs. 577 y ss. cuando planteaban las dos posibilidades interpretativas de la distinción entre fijos e indefinidos: la equiparación total de derechos o la creación de un régimen jurídico particular.

y la de fijo a una «situación de estabilidad cualificada de la relación de trabajo»<sup>15</sup>; o sí, por el contrario, debería extenderse más allá y derivar de una concepción propia de dicha relación laboral para concluir en la definición, también a efectos de vigencia, de que estábamos ante un nuevo contrato temporal indefinido —tal como ya quedó esbozado en la sentencia de 20 de enero de 1998—, es una cuestión que sin duda ha estado presente pero que concluye definitiva y claramente a favor de esta segunda concepción. Así se sientan los elementos de la configuración, eso sí progresiva, del referido estatuto del trabajador indefinido. Y es en esta configuración donde se han de encontrar, realmente, la significación de la distinción planteada por el Tribunal Supremo<sup>16</sup>.

Por tanto, frente a la concepción planteada por Martín Valverde en su referido voto particular<sup>17</sup>, la definición de este estatuto parte de la concepción temporal del contrato respecto a su vigencia. Es el primer argumento esencial. Derivado de éste se pueden deducir otros importantes. El primero de ellos se centra en la negativa del reconocimiento de antigüedad por los años de prestación de servicios efectivos como indefinido. Y el segundo, que se pone de manifiesto en supuestos como los analizados en la sentencia comentada, se centra en la vinculación de la relación laboral, y de su propia vigencia, al puesto de trabajo, a su hipotética cobertura o amortización —términos inciertos, más que condición, que determinan dicha vigencia y que imposibilitan el acceso a derechos vinculados al mantenimiento del puesto de trabajo como son los supuestos de excedencia—.

El carácter temporal de la relación quedó esbozado plenamente en las sentencias de 20 y 21 de enero de 1998, tal como hemos dicho, retomando en gran medida la doctrina anterior a la sentencia de 18 de marzo de 1991, y concluyendo con la denominación de esta forma de relación laboral como temporalmente indefinida en la sentencia de 27 de mayo de 2002 y equiparando, de hecho, su configuración con la de la interinidad por cobertura de vacantes.

Por otra parte, tal como decimos, el otro pilar deriva —fundamentalmente de su comparación con el personal fijo de plantilla— de la negación de los efectos de una antigüedad imposible de reconocer a los trabajadores indefinidos contratados irregularmente por la Administración. Unos efectos que afectan principalmente a la negación de un hipotético derecho de pro-

<sup>15</sup> Tal como afirma D. ANTONIO MARTÍN VALVERDE en su acertado voto particular a la sentencia de 27 de mayo de 2002.

<sup>16</sup> En este sentido, GOERLICH PESET y VEGA LÓPEZ; *op. cit.* págs. 579 y ss.

<sup>17</sup> Ponente en la tantas veces aludida sentencia de 7 de octubre de 1996, lo que le da, en nuestra opinión, una especial significación a dicho voto particular.

moción —reservado a los fijos de plantilla—<sup>18</sup> o a efectos retributivos —negando la posibilidad de complementos de antigüedad—<sup>19</sup>.

Estos dos aspectos, temporalidad de la relación y negación del cómputo del tiempo de servicios a efectos de antigüedad, confluyen efectivamente en la doctrina de la sentencia de tres de mayo de 2006 —y en la precedente de 29 de noviembre de 2005—. Sobre la base de ambos argumentos, se niega, como lo hacía alguna sentencia anterior de Tribunales Superiores de Justicia<sup>20</sup> incluido la recurrida, el derecho del actor a acceder a la situación de excedencia voluntaria o de excedencia por incompatibilidad.

En este sentido, la sentencia que comentamos afirma que «la naturaleza de este vínculo y su provisionalidad llevan a la conclusión de que no puede aplicarse al mismo la institución de la excedencia voluntaria especial que contempla el artículo 10 de la Ley 53/1984». Y delimita esta previa conclusión en base a un argumento principal: «la excedencia funciona como una garantía de estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, pues la Administración está obligada a proveer la plaza de acuerdo con los procedimientos reglamentarios de selección».

Finalmente, el tercer aspecto, la negación de los derechos derivados de un vínculo al puesto de trabajo para el trabajador indefinido no fijo (y que, por tanto, sólo serían predicables respecto al trabajador fijo de plantilla), impide, en este caso, admitir el acceso a cualquier tipo de excedencia, como antes ha impedido la posibilidad de que la Administración en caso de despido declarado improcedente optara por la readmisión como fijo de plantilla<sup>21</sup>.

Así, la vinculación entre puesto de trabajo y vigencia del contrato en relación con los presupuestos de la excedencia —que hacen incompatible, en opinión de la Sala, la pretensión del actor con su situación contractual— queda clara. Tal como afirma: «...la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente “un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría”, y este derecho, que puede otorgarse al trabajador, no puede concederse al indefinido no fijo, porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa».

<sup>18</sup> Sobre el tema *vid.* el trabajo de BOLTAINA BOSCH; «Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración pública»; *Aranzadi Social* núm. 2/2002 y la doctrina judicial citada por el autor.

<sup>19</sup> Confr., al respecto, por todas, la sentencia Tribunal Supremo de 13 marzo 2006 (Núm. R 450/2005).

<sup>20</sup> *Vid.* en este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 mayo de 2005 (Núm. R 278/2005).

<sup>21</sup> Que no como indefinido según la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2004 (Núm. R 1466/2003).

Es más, sobre la base del tenor literal de la previsión del convenio colectivo aplicable al caso en este supuesto y de los requisitos contenidos en el mismo —principalmente en relación con los requisitos de reingreso—, el Tribunal Supremo añade un párrafo en esta sentencia en comparación con la precedente de noviembre de 2005 para afirmar la aplicación de la doctrina unificada expuesta y para rechazar, en consecuencia, la estimación del recurso planteado.

Por todo ello, este estatuto «precario» del trabajador indefinido, tal como lo define la sentencia, impide admitir la excedencia por incompatibilidad.

Es más, según la sentencia, «la incompatibilidad sobrevenida no puede dar al trabajador más derechos de los que tenía». Es decir, si como trabajador indefinido su relación laboral está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa; y, si la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría; el trabajador indefinido, en opinión del Tribunal, «sólo podría reingresar en la vacante de su puesto de trabajo, nunca en otras». Pero es más, sigue diciendo el Tribunal, «incluso para aquélla tampoco podría reconocerse este derecho del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues precisamente lo que tiene que hacer la Administración es proveer dicha vacante por los procedimientos reglamentarios en orden a asegurar que la cobertura deba producirse respetando los principios de igualdad, mérito y publicidad, con lo que la preferencia está excluida». Por tanto, «el trabajador podrá optar a la plaza, pero sólo en los sistemas de provisión externos y en igualdad de condiciones con el resto de los participantes»; a lo sumo, según siempre la sentencia que comentamos, «el único eventual derecho que podría tener el trabajador indefinido no fijo sería, si la plaza continuara vacante, el de obtener una adscripción provisional mientras se procede a su provisión definitiva».

En definitiva, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, atendiendo al carácter temporal del vínculo, la necesaria conexión entre dicha relación laboral y el puesto de trabajo y la negación efectiva de la antigüedad a estos trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, conlleva la incompatibilidad de esta delimitación del estatuto de estos trabajadores con los presupuestos de la excedencia, tanto voluntaria como sobrevenida por incompatibilidad.

Ello hace que nos planteemos algunas reflexiones que entendemos de interés.

En primer lugar, y con carácter general, este planteamiento, que se hace respecto a dos instituciones muy concretas —excedencia voluntaria y excedencia por incompatibilidad— puede ser extendido a otros supuestos de suspensión del contrato de trabajo y, específicamente, a otros casos de excedencia como puede ser el de cuidado de hijos o familiares.

En estos supuestos, si el argumento para impedir el acceso a la excedencia por incompatibilidad —que puede resultar sobrevenida por declaración de incompatibilidad por parte de la propia Administración— es el vínculo necesario al puesto de trabajo tanto en los requisitos de acceso como en la forma posible de reingreso, es evidente que se reiteran en los referidos casos de excedencia y, sobre todo, de otras formas de suspensión como las referidas. Sin embargo, en estos supuestos, concurren otros bienes jurídicos a proteger —la conciliación de la vida familiar— que aportan elementos nuevos de debate y cuya negación podría cuestionar el acceso a condiciones efectivas de igualdad que no pueden negarse, incluso, a quienes, como a éstos, puede asignarse jurisprudencialmente un estatuto «precario».

En este sentido, la absoluta equiparación de este estatuto con el de los trabajadores temporales, sobre la base afirmada en la sentencia que comentamos de las «dificultades prácticamente insuperables» de aplicación de la excedencia a los vínculos temporales, conlleva que nos planteemos si no se está quebrando, aun sobre la base de la misma argumentación, la necesaria equiparación entre derechos de los trabajadores temporales e indefinidos. Este es un debate general, pero en todo caso ha de servir de límite necesario en la conformación y configuración de cualquier estatuto del trabajador indefinido. Si la base de la argumentación principal está en la naturaleza temporal del vínculo —de por sí criticable como hemos tenido ocasión de mostrar— nunca podría establecerse un estatuto más precario que el previsto con carácter general para los trabajadores temporales.

Finalmente, en otro orden de cosas, y específicamente sobre el rechazo, en estos supuestos, de la excedencia por incompatibilidad, esta solución puede dificultar soluciones, incluso negociadas, sobre el acceso a la condición de fijo de plantilla de trabajadores en esta situación. En este sentido, el pase natural a situaciones de interinidad previas a una estabilidad definitiva a través de procesos de selección legalmente aceptables puede pasar necesariamente por aceptar la excedencia por incompatibilidad de los trabajadores indefinidos afectados.

Si no es así, se está impidiendo, de hecho, una mínima garantía de estabilidad a quien en definitiva no ha accedido a esta condición de indefinido si no es por el concurso irregular de la forma de contratación de la Administración pública. Pueden, pues, concurrir razones de oportunidad que no toma en cuenta el Tribunal. En este sentido, es interesante recordar la previsión del Acuerdo Administración Sindicatos de 2002, que establecía la estabilidad en el empleo de aquellos trabajadores indefinidos<sup>22</sup>, pero cuya

<sup>22</sup> Sobre el tema son muy interesantes las reflexiones de MOLERO MARAÑÓN; *op. cit.* págs. 160 y ss.

previsión ha sido declarada *obiter dicta* no aceptada a Derecho por parte de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su sentencia de 22 de enero de 2004 (Núm. R 3784/2003)<sup>23</sup>.

### 3. EL SIGNIFICADO DE LA NUEVA DA 15.<sup>a</sup> ET A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Además de las reflexiones anteriores, que pueden sumarse a las ya planteadas por parte de la doctrina ante esta distinción, hay una cuestión que es oportuna plantear. Nos referimos a la interpretación de lo previsto en la nueva disposición adicional 15.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores.

Como sin duda es conocido, la misma dispone lo siguiente:

«Lo dispuesto en el artículo 15.5 de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable»<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Según afirma la misma, además de rechazar la inclusión del recurrente dentro de los presupuestos del precitado Acuerdo, éste «...incurrir en ilegalidad e inconstitucionalidad en el citado inciso, al atribuir la condición de fijo a personal contratado temporalmente de forma irregular fuera de los cauces impuestos por normas constitucionales y legales, las mismas que han basado la reiterada doctrina del TS desde la sentencia de 20.1.98».

<sup>24</sup> El nuevo art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, introducido por el art. 12.Dos del RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora de crecimiento y del empleo (derivado del Acuerdo de concertación del mismo nombre de 9 de mayo), norma central, por su significación, de la reforma, dispone lo siguiente:

«5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad para el mismo puesto de trabajo en la misma empresa mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar distintos puestos de trabajo cubiertos anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de contratos formativos, de relevo e interinidad».



Queda, pues, por plantearse cuál es el significado de la referida disposición adicional 15.<sup>a</sup>, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo al respecto y cómo, en su caso, podría afectar a ésta la referida nueva disposición legal prevista en el art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, y aplicable, con todos los condicionantes previstos, a la Administración pública.

Como hemos expuesto muy sucintamente en otra ocasión<sup>25</sup>, se intenta solventar la difícil conexión entre limitación en la sucesión de contratos temporales y exigencia constitucional de acceso en función de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Esta difícil relación se pone de nuevo de manifiesto, esta vez a nivel legal. Pero quizá la cuestión más importante es saber cuál es, en definitiva, la sanción al incumplimiento por parte de la Administración pública de la norma contenida en el nuevo art. 15.5. De nuevo, está presente la distinción entre la condición de fijo de plantilla y de indefinido, pareciendo que, ante la necesidad de cohonestar ambas situaciones, la disposición transcrita parece inclinarse a favor del acceso a través de los procedimientos ordinarios.

De esta forma, podría avanzarse que la aplicación del citado art. 15.5 en caso de incumplimiento por parte de las Administraciones públicas del límite a la sucesión de contratos conllevaría, a lo sumo, la consideración como indefinidos —nunca como fijos— de los trabajadores afectados; limitándose sus derechos a los preestablecidos por la doctrina del Tribunal Supremo al respecto.

En relación con lo anterior, la disposición adicional 15.<sup>a</sup> recoge algunos de los aspectos sobre los que ha incidido la doctrina y la jurisprudencia citada anteriormente. De esta forma, podríamos destacar, en primer lugar, el sometimiento condicional, en todo caso («sin perjuicio de» en la dicción de la norma legal), a los principios de mérito y capacidad que, en una primera lectura, parecen primar sobre la propia aplicación de la norma contenida en el art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, además, hay que tener en cuenta la obligación de que la Administración proceda a la cobertura de las plazas en cuestión, que, aunque puede tener distintas lecturas, se contempla como una posibilidad a la que no será obstáculo la declaración general de aplicación de la norma sustantiva contemplada en el art. 15.5.

De esta forma, si, tal como prevé la nueva disposición adicional 15.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores, la aplicación del art. 15.5 del mismo cuerpo legal en el ámbito de las administraciones públicas no puede ser obstá-

<sup>25</sup> *Vid.* las sucintas reflexiones en torno al nuevo art. 15.5 en «La reforma laboral del RDL 5/2006: el nuevo art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores y la limitación a la sucesión de contratos temporales»; *Iuslabor* núm. 3/2006.

culo para la obligación de cobertura de las plazas y si jurisprudencialmente dicha cobertura se concibe al modo de condición resolutoria —o de término— de los contratos indefinidos (cuya extinción no se producirá conforme las causas y procedimientos y efectos del despido objetivo), parece que, a tenor de la primacía explicitada de los principios de mérito y capacidad, la referida aplicación de la nueva norma legal pierde en gran medida efectividad en dicho ámbito. Por tanto, tal como anunciamos, la consecuencia jurídica máxima será la consideración como indefinido del personal afectado; sin alterar el referido estatuto de éste tal como ha sido configurado por la doctrina jurisprudencial referida (que completan sentencias como la comentada).

Sin embargo, habría que hacer algunas consideraciones al respecto.

El nuevo art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores no sólo es una norma que regule el fraude en la contratación —objeto de la consideración en su caso como indefinido de los contratos laborales en la Administración—, sino que impone un límite en la sucesión de contratos en los supuestos en que se den los distintos presupuestos contemplados en la norma. Esto es, sucesivas contrataciones (dos o más), mismo puesto de trabajo y determinadas modalidades contractuales (se excluyen los contratos formativos y de interinidad).

Si es así, cuando menos habrá que plantearse una especial intensidad de sometimiento al principio de legalidad por parte de las administraciones públicas. Es decir, teniendo en cuenta la especialidad del presupuesto de hecho de la nueva norma contenida en el art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (particularmente la exclusión expresa del contrato de interinidad por la significación que tiene esta modalidad en la misma) respecto a los supuestos más genéricos de fraude en la contratación, la Administración que incumple dicha previsión está contraviniendo flagrantemente una limitación de carácter legal que va más allá de la mera irregularidad en la contratación. El sometimiento al principio de legalidad se muestra, pues, con una particular intensificación porque, insistimos, no se trata de una mera irregularidad en la contratación sino de contravenir una norma a la que está sometida también la Administración como empleadora; una norma, además, que tiene un presupuesto de hecho muy específico y determinado.

Siendo de esta forma, aun cuando admitiéramos que no fuera completamente aplicable la solución sustantiva prevista (la declaración como fijo del trabajador afectado) por la tan repetida vigencia de los principios de mérito y capacidad, es evidente que resulta plenamente insatisfactorio desechar la que debe ser, en estos casos, una nueva y más clara manifestación del deber de la Administración de cumplir con la legalidad establecida; insistimos, máxime cuando de los presupuestos de la norma se observaría una especial determinación de incumplir la misma.



Quizá ello afecte a determinadas formas de gestión de recursos humanos en la Administración que podrían favorecer determinadas contrataciones sucesivas de personal (las denominadas bolsas de trabajo); pero la interdicción de la sucesión de contratos debe ser cumplida, también, por parte de las administraciones. Si la sanción sustantiva no es apropiada en su completa comprensión, no deben desecharse otras fórmulas, incluidas la de exigencia de responsabilidad a la Administración que incumple.

