

D. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ REYES, en calidad de Presidente de la Asociación APLINDF, en nombre y representación de la misma, como consta en los Estatutos y poder de representación que adjunto a las presentes alegaciones y en relación con el trámite de información pública establecido para el Anteproyecto de Ley de Función Pública, entendiéndolo, con todos los respetos y en estrictos términos de defensa que la Asociación está legítimamente interesada en dicho trámite parlamentario por los efectos que de la misma puedan derivarse en relación con el numeroso colectivo al que legítimamente representa, comparece en tiempo y forma y con todos los respetos manifiesta los siguientes

ANTECEDENTES

El personal laboral indefinido no fijo es un personal que durante muchos años de relación con la Administración General de la Junta de Andalucía ha sido destinado a cubrir empleos públicos estructurales, no son puestos provisionales o referidos a circunstancias esporádicas, puntuales, excepcionales o coyunturales, sino que son ordinarias, estables y permanentes.

El empleador ha cubierto con personal temporal sus necesidades estructurales en materia de personal y ello al no disponer de suficientes laborales fijos, por lo que no solo se incumple con la normativa interna, sino también con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y en concreto en su cláusula V del Acuerdo Marco Anejo a la misma.

Acreditado por tanto el abuso por la Administración empleadora la respuesta más efectiva, proporcionada y disuasoria, ya que por el Ordenamiento Jurídico español no existe esta sanción específica para el empleador incumplidor, y que debe de ser adoptada para garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión es la declaración de fijeza como medida de protección de los trabajadores ante la ausencia de normativa de protección del trabajador en la normativa nacional ya que el camino adoptado mediante los mal llamados “*procesos de estabilización*” no son considerados por la jurisprudencia del TJUE como sanción adecuada, proporcional y efectiva (apartados 97, 100 y 101 de la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 Asunto C-103/18 y C-429/18).

La sanción efectiva, proporcional y disuasoria debe ser la declaración de fijeza ante la inacción del Estado Español y la transposición de la directiva 1999/70 como regula los apartados 58, 70, 74 y 75 de la sentencia dictada el día 21 de febrero de 2021 en el Asunto C-760/18.

Ello ha sido corroborado por el Auto dictado por el TJUE en el Asunto C 135/20 de fecha de 30 de septiembre de 2020 siendo parte la Cámara Municipal de Gondomar (Portugal).

En relación con el presente informe por el mero hecho de engrosarlo, no vamos a hacer reiteración de múltiple jurisprudencia a favor del colectivo que reconoce y determina que el colectivo de indefinidos no fijos, en tanto en cuanto, no sea regulado específicamente, debe

de interpretarse y examinarse la figura equiparándola al del personal laboral fijo, debiéndosele reconocer múltiples derechos como excedencias, movilidad por salud laboral, derecho a participar en procesos de concurso de traslado o promoción, entre otros, como reconoce la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, Rec 27/2017, en sentencia dictada con fecha de 2 de abril de 2018 y numerosa jurisprudencial.

Este colectivo ha accedido al empleo público mediante procedimientos de selección en los que se cumplieron los requisitos de igualdad, mérito y capacidad siendo reconocida la condición de indefinido no fijo a través de sentencias que dictaron los Juzgados de lo Social de Andalucía en primera instancia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, haciendo eco del refranero español, en el caso que nos ocupa “*llueve sobre mojado*”, ya que después de habernos reconocido la condición de indefinido no fijo han transcurrido en el menor de los casos más de seis años desde la reincorporación, persistiendo a fecha de hoy en situación de precariedad laboral, limitándonos nuestro derecho a la carrera profesional sistemáticamente, estando ante un colectivo con una **antigüedad de 10, 20 o 30 años o más** en la Administración General de la Junta de Andalucía.

La doctrina más reciente de los tribunales no hacen sino apreciar un horizonte de sentencias favorables hacia el colectivo, a título meramente ilustrativo, vamos a hacer referencia a sentencias muy recientes y novedosas que van recogiendo los criterios emanados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en sus sentencias de fechas de 19 de marzo de 2020, 30 de septiembre de 2020 y de 11 de febrero de 2021, anteriormente referenciadas.

Este colectivo de partida y a través de numerosa jurisprudencia, para empezar, ya es acreedora de una indemnización de 20 días de salario por años trabajado, en el escenario más prudente para el colectivo de referencia, no obstante la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4ª, Rec 1305/2017 abre la vía de responsabilidad patrimonial contra la Administración por la utilización abusiva de la temporalidad y en fraude de Ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I.- La figura del indefinido se regula en los artículos 8.2.c) y 11.1 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, además de en otras normativas como el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, la instrucción 3/2019 de Jornada Laboral, vacaciones y permisos y demás títulos judiciales que han dado lugar a un colectivo de más de 1000 personas trabajando en la Administración General de la Junta de Andalucía.

Concretamente en el artículo 11 del citado TREBEP se clasifica al personal laboral en función de la duración del contrato, indicando que este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

En ningún momento se establece, además, distinción alguna entre personal laboral indefinido y personal laboral indefinido “no fijo”, como no puede ser de otra manera, puesto que la intención manifiesta en la creación de esa figura laboral es la de diferenciar la figura del personal laboral indefinido con la del laboral temporal, como se recoge en la sentencia núm. 257/2017 de 28/03/2017 del Tribunal Supremo, que en el apartado cuatro del fundamento tercero recoge textualmente:

“..... la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya es recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal.”

El anteproyecto de Ley de Función Pública, en su artículo 15.2 solo establece dos clases de personal laboral la del laboral fijo y la del laboral temporal, excluyendo la categoría del Laboral Indefinido.

El TREBEP constituye legislación básica y por lo tanto el anteproyecto no puede eliminar una categoría laboral regulada en la legislación básica.

II.- Del mismo modo, el TREBEP al regular las formas de selección u acceso en su artículos 61.7 y referidos al personal laboral establece que puede ser por oposición, concurso oposición y concurso, pero los regula al mismo nivel de importancia y validez.

Sin embargo, el anteproyecto, en el artículo 110 "*in fine*", determina que el procedimiento de acceso por concurso revista la forma de "excepcional", lo cual supone un agravamiento, un recorte, un endurecimiento para el cual no se encuentra habilitado, ya que el desarrollo de la legislación estatal básica o de carácter mínimo impide este arbitrario e ilegal endurecimiento de la forma de acceso por concurso.

III.- La figura del indefinido se cita por primera vez en la Disposición Adicional 3ª de manera incongruente, ya que si no lo recoge como categoría, vulnerando con ello la legislación básica ¿como sí lo contempla en esta Disposición Adicional?.

Por otra parte, en el punto 2 de la citada Disposición Adicional se realiza un juicio de valor al afirmar, con carácter general, que este personal no ha accedido a la función pública mediante procedimientos de convocatoria pública y en aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Parece ser que la Administración Autonómica, consiente en un argumento del que disintamos notablemente, que es aquel que defiende que la jurisprudencia establece distinción entre personal laboral indefinido y personal laboral indefinido no fijo en función de si el acceso al puesto de trabajo se hizo en condiciones de igualdad, mérito y capacidad o no.

En opinión de esta Asociación, dicha afirmación carece de soporte jurídico alguno, dado que el único marco legal que puede servir de referencia es el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre del Estatuto Básico del Empleado Público y en el mismo, como ya se ha indicado en el apartado primero de este expositivo, no se hace distinción alguna entre personal laboral indefinido e indefinidos “no fijos”, como tampoco lo hacen muchas de las sentencias a pesar de que la incardinación como personal laboral de la Junta de Andalucía se haya realizado a través de esta figura.

En cualquier caso, es necesario recordar que el sistema de acceso al empleo público del personal laboral declarado indefinido por sentencia judicial, se llevó a cabo a través de un procedimiento reglado de valoración de los méritos y capacidades de los candidatos que, en condiciones de igualdad con los restantes participantes evaluados en los procesos de selección arbitrados y con el requisito de una titulación específica para el desempeño del puesto, resultaron elegidos por representar el perfil profesional más capacitado para el desempeño de las funciones demandadas; y es más, aquellas personas que resultaron elegidas en dichos procedimientos de selección, han estado sometidas a re-evaluaciones de sus méritos y capacidades en cada uno de los procesos de renovación de sus contratos, todos ellos ofertados en condiciones de igualdad según la legislación de contratación del sector público vigente, como no podía ser de otra manera, y resultando renovados en esos puestos.

Por estos motivos, no cabe otra conclusión que reconocer que este personal laboral que ha accedido a la función pública mediante procesos de evaluación y selección reglados, que, debido a su solvencia demostrada, ha sido renovado repetidamente en su puesto de trabajo y cuyo acceso se ha producido mediante los procedimientos y normas establecidas por la legislación vigente en materia de contratación pública, ha cumplimentado sobradamente los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Argumentar lo contrario supondría tanto como asumir arbitrariedad en la selección de personal de la Administración Autonómica, además de desigualdad en los procedimientos de contratación pública establecidos en la propia legislación que la regula. No parece razonable admitir, con carácter general ni lo uno ni lo otro.

Por otra parte y de conformidad con la sentencia del tribunal Supremo de 2 abril de 2018 al conocer de un conflicto colectivo interpuesto por la Agencia Amaya, en dicha sentencia se reconoce al personal indefinido no fijo la posibilidad de promocionar y participar en concursos de traslado, así como establecer un estatus jurídico, equiparable al del personal laboral fijo, en tanto en cuanto no se regule con detalle la figura del indefinido no fijo, el no reconocimiento de estos derechos así como otros referidos a la concesión de excedencias, permutas, la efectiva movilidad por salud laboral, etc...da

lugar a la vulneración de la cláusula IV de la Directiva 1999/70/CE al fomentar la discriminación con el personal laboral fijo.

Asimismo, el Anteproyecto no incorpora las conclusiones de la jurisprudencia europea en relación con los procesos selectivos ni con la creación de la figura del Indefinido No Fijo porque:

1. No suponen una sanción para el empleador incumplidor, hace lo que ya tuvo que hacer, con los mandatos recogidos en el art. 70.1 y su ejecución en tres años o en el 10.4 del EBEP referido al personal funcionario y posiblemente al personal laboral por analogía, cuando dice que la plaza debe incluirse en la OPE de ese año o en su defecto en el del año inmediatamente siguiente.
2. Se deja a la elección del infractor su celebración y realización y es de incierto resultado.
3. No pueden articularse procedimientos unificados en los que participen las personas que han sufrido el abuso con las que no lo han sufrido.
4. El reciente auto TJUE de 30 de septiembre de 2020, ha matizado lo ya dicho: *“La cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro que prohíbe absolutamente, en el sector público, la conversión de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de duración indefinida, en la medida en que dicha legislación no contenga, en relación con ese sector, otras medidas eficaces para prevenir y, en su caso, sancionar el uso indebido de sucesivos contratos de duración determinada”*.
5. El Derecho de la Unión Europea no prescribe en modo alguno la transformación en funcionario, sino que deja abierta la posibilidad a la creación de figuras laborales dotadas de verdadera estabilidad, como p.ej *“Personal Estabilizado a extinguir”*.
6. La presunción de validez y legalidad contenida en el artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, plasmación de los principios de legalidad, art. 9.3 y 103 de la Constitución, unido a la exigencia ya expuesta de sometimiento de las pruebas de acceso a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, hace que la totalidad de los trabajadores que se encuentren vinculados con la Administración gocen de la presunción favorable de haberse sometido a la aplicación de tales principios
7. No ha apreciado el Tribunal Constitucional la excepcionalidad en los casos de las SSTC 238/2015, de 19 de noviembre, y 154/2017, de 21 de diciembre. No obstante, la situación de excepcionalidad podría apreciarse en la obligación del Estado español de cumplir la Directiva 1999/70 y la jurisprudencia del TJUE tras más de veinte años sin transponer la misma.
8. La organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas de manera provisional por empleados públicos con relaciones de

servicio de duración determinada no son medidas derivadas de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, efectiva para evitar los abusos. Los artículos 10 y 70 del EBEP se incumplen y no tienen efectos negativos para las Administraciones públicas.

9. La concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente tampoco lo es, pues ni está prevista para atender a las exigencias de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco ni es suficientemente disuasoria, efectiva y proporcional.
10. La prohibición de consolidación es contraria al Derecho de la Unión Europea, mientras no existan medidas alternativas
11. Al no existir medidas alternativas en el Derecho español, la solución a la infracción del Derecho de la Unión ha de articularse a través de una reforma legal que, hacia el pasado, establezca la estabilización del personal temporal como personal fijo a extinguir y hacia el futuro opte por establecer esta medida u otras alternativas, como las indemnizatorias, eficaces, por disuasorias, de los abusos en la temporalidad en el empleo público.
12. Es la ley la que, en nuestro ordenamiento interno (arts. 23.2, 103.3. y 35.2 CE) está llamada a reparar la infracción del Derecho de la Unión otorgando estabilidad a las personas en relaciones temporales abusivas de empleo al servicio de las Administraciones públicas mediante su conversión en personal fijo a extinguir, sin acceso al estatuto funcional. Y a hacerlo con urgencia ante la situación de incumplimiento generalizado de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70 ante la inexistencia en nuestro ordenamiento de medidas disuasorias, efectivas y eficaces y proporcionales de ese incumplimiento.
13. La figura propuesta de personal fijo a extinguir encuentra apoyo normativo reciente en la Ley 11/2020 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, que, en su disposición final trigésima cuarta, prevé una modificación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público. En concreto, en su apartado 3, modifica el artículo 87 de la mencionada Ley en relación a las transformaciones de las entidades integrantes del sector público estatal. Al abordar los distintos pasos en los que una entidad pública empresarial, o Agencia Estatal, se transforme en entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o fundación del sector público, el Real Decreto que lleve a cabo la transformación conllevará, entre otros efectos, *“la posibilidad de integrar el personal en la entidad transformada o en la Administración General del Estado.”* El precepto contempla que *“La adaptación, en su caso, de personal que conlleve la transformación no supondrá, por sí misma, la atribución de la condición de funcionario público al personal laboral que prestase servicios en la entidad transformada.”* Pero, al tiempo, establece un mecanismo por el cual **“La integración de quienes hasta ese momento vinieran ejerciendo funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo podrá realizarse con la condición**

de “a extinguir”, debiéndose valorar previamente las características de los puestos afectados y las necesidades de la entidad donde se integren.”

14. Reconocida legalmente la existencia de la figura -también en otras ocasiones anteriores-, el camino para la creación de una categoría de personal de carácter indefinido con la posible denominación de **“personal estabilizado a extinguir”**, de carácter excepcional, resulta una vía apropiada y constitucional para la resolución de una situación de uso abusivo extendido de las situaciones de empleo temporal en las Administraciones y organismos públicos del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones locales, que se traduce en una infracción flagrante del Derecho de la Unión Europea, de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE.
15. En el caso del laboral indefinido no fijo, al no tratarse de personal funcionario, podría no ser precisa la creación de figura alguna, si a la vista de lo anteriormente razonado se regulara la del laboral indefinido (sin la coetilla de no fijo) y se asimilara a esta la del actualmente considerado No Fijo.

IV.- Este Anteproyecto deja escapar la oportunidad de regular verdaderos procesos de regularización para el personal laboral en abuso de temporalidad y ello porque es de sobra conocido que estamos ante un colectivo que ha sufrido tanto el fraude de ley como el abuso de derecho incumpliendo lo dispuesto en la cláusula V de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada que ordena que ante la existencia de estas situaciones abusivas por parte del Estado miembro se establezcan sanciones, proporcionadas, efectivas, disuasorias contra la Administración incumplidora, señalado que al no existir a fecha de hoy ninguna regulación al respecto, el reconocimiento de la fijeza de estos trabajadores en completo abuso de temporalidad sería una sanción proporcional, efectiva y disuasoria en consonancia con la Directiva, mediante la creación de una figura que sin ser funcionario de carrera o laboral fijo, les reconociera los mismos derechos de permanencia e inamovilidad en su puesto de trabajo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, EN ADELANTE TJUE.

El TJUE ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre estas cuestiones a través de sus sentencias de 19 de marzo de 2020 (Asunto Sánchez Ruíz y otros), Auto de fecha de 30 de septiembre de 2020 (Asunto C-135/20/ Cámara Municipal de Gondomar) o la reciente sentencia de fecha de 11 de febrero de 2021 Asunto C-760/2018, entre otras muchas, citando estas por ser las más recientes.

La sentencia, como no puede ser de otra forma, deposita en los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de determinar si en España la Legislación nacional establece alguna medida sancionadora para dar cumplimiento a la Directiva y evitar la precarización de los empleados públicos, y si esta medida legislativa es apropiada para sancionar el uso abusivo de la contratación temporal en el sector público.

Ahora bien, la sentencia griega de 11 de febrero de 2021 insiste en que las autoridades administrativas y judiciales nacionales están sujetos a determinados límites, en tanto que: **(i)** por un lado, las medidas deben ser lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco (apartados 57 y 68 de la Sentencia); **(ii)** por otro lado, la autoridades nacionales no pueden poner nunca en peligro el objeto o efecto útil de dicho Acuerdo marco (apartado 56 de la Sentencia); **(iii)** y por último, todas las autoridades del Estado miembro están sujetas a la obligación de garantizar el pleno efecto de la Directiva, incluso cuando dichas autoridades modifiquen su Constitución (apartado 74).

Por tanto, la sentencia confirma lo que el TJUE declaraba en su Auto último de 30 de septiembre de 2020, asunto Gondomar, en el que concluía que, si la Legislación de un Estado miembro no ha fijado una sanción para dar cumplimiento a la Directiva 1999/70/CE en el sector público, lo que procede es la conversión de la relación temporal abusiva en una relación fija, sin que pueda aplicarse la norma interna que lo prohíbe.(Apartado 58 de la Sentencia de 21 de febrero de 2021)

Aplicando este principio, la STJUE de 11 de febrero de 2021, dictamina:

a) En su apartado 70, que los Tribunales nacionales deberán comprobar si existen en la Legislación nacional otras medidas efectivas y disuasorias para garantizar el cumplimiento a la Directiva 1999/70/CE, antes de aplicar la disposición (en este caso el art 8.3 de la Ley griega 2112/1920, que prevé la conversión de los contratos de trabajo temporales en contratos de trabajo indefinidos, porque esta disposición es contraria al art 103 de la Constitución helénica, que establece que solo pueden ser fijos los empleados públicos que hayan superado una oposición u otro proceso de selección, prohibiendo expresamente convertir por Ley los contratos temporales en contratos indefinidos.)

b) Y, si en la Legislación nacional no existe ninguna otra medida sancionadora para garantizar el cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE, las autoridades nacionales tienen que proceder a la conversión de los contratos de trabajo temporales abusivos en contratos indefinidos que impone el art. 8.3 de la Ley Helénica 2112/1990, aunque, en el caso estudiado, la Constitución griega prohíba de modo absoluto dicha conversión en el sector público, dejando inaplicados los preceptos constitucionales en base al principio de preferente o prioritaria aplicación del derecho comunitario (apartados 53,70 y 75 de la Sentencia).

Por consiguiente, como no podía ser de otra forma, esta nueva sentencia del TJUE de 11 de febrero de 2021, viene a confirmar lo que el mismo TJUE decía en su Auto de 30 de septiembre de 2020 y en otras resoluciones anteriores, en cuanto a que las autoridades nacionales de un Estado miembro están obligadas a transformar la relación temporal abusiva en una relación fija si en la Legislación de ese Estado miembro no existe ninguna medida sancionadora para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE y acabar con la precarización de los empleados públicos, sin que pueda aplicarse la disposiciones nacionales que prohíban esta conversión en el sector público, aunque estas disposiciones nacionales sean de naturaleza constitucional.

Proyectando esta conclusión del TJUE sobre nuestro país, como quiera que en la Legislación española (no en las prácticas administrativas, ni en las resoluciones judiciales) no existe ninguna medida sancionadora de carácter efectivo y disuasorio, efectivamente prevista para sancionar el abuso en la contratación temporal de los empleados públicos y garantizar el cumplimiento del Directiva 1999/70/CE, no cabe sino convertir la relación temporal abusiva en una relación fija, sin que puedan aplicarse las disposiciones nacionales -ni la Constitución de 1978, ni el EBEP, ni ninguna otra norma nacional- que lo prohíben, por no haber ingresado el empleado público temporal a través de una oposición u otro proceso selectivo convocado para el acceso como empleado público fijo o de carrera.

En consecuencia, como no podía ser de otra forma, también la STJUE 11 de febrero de 2021 -a nuestro criterio- avoca a la fijeza como única medida posible en nuestro país para sancionar los abusos en la contratación temporal en el sector público en aplicación del Directiva 1999/70/CE.

Los actuales procesos de “estabilización” para cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas por personal público temporal, según los apartados 97 y 101 de la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 expresamente indican que esa medida no se ajusta a la Directiva 1999/70/CE ni para prevenir la utilización abusiva de las sucesivas relaciones de servicios de duración determinada-pues su convocatoria dependería de la arbitrariedad del empleador causante del abuso del abuso - ni para sancionar estos abusos y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que su aplicación ni tiene efecto negativo para el empleador (apartado 97), ni supone una compensación para las víctimas del abuso, en la medida en que el resultado de los mismos es incierto, al estar tales procesos selectivos abiertos a otros candidatos que no han sido víctimas del abuso, que pudieron participar en el mismo. Luego la circunstancia de que la plaza que ocupan los actores pueda ser ofertada como empleo público para su futura provisión, no reuniría las notas de proporcionada, efectiva y disuasoria, que exige la jurisprudencia.

SEGUNDO.- PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

Poniendo en antecedentes al colectivo de referencia la práctica totalidad del mismo ha entrado por una modalidad de procedimiento de selección, los que desempeñaron sus funciones a través del acceso por distintas modalidades previstas en la Ley de Contratos del

Sector Público de forma fraudulenta y los procedentes de la empresa pública que también accedieron a sus puestos en virtud de procedimientos de selección.

Ello ha sido objeto de estudio por los Tribunales Superiores de Justicia, así el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de fecha de 7 de noviembre de 2019 recogiendo a su vez su anterior doctrina de fecha de 29 de junio de 2018 establece que. **“(…) Es la Administración Pública la que ha optado por la contratación temporal fraudulenta cuando los puestos de trabajo eran de naturaleza estructural y por lo tanto deberían de haber sido convocados como fijos desde el principio, sin que el hecho de que la propia Administración hubiese utilizado un proceso selectivo público sin respetar todos los requisitos establecidos en el Convenio Colectivo de aplicación pueda ser utilizado como un argumento en contra de los intereses de los trabajadores (...)”, criterio reiterado por esta Sala en STJ Galicia de 30.04.2019 RSU 4813/18. En consecuencia dicho motivo de recurso debe de ser estimado y frente a la contratación fraudulenta reconocer a la recurrente la condición de personal fijo.”**

Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón a través de su sección 2ª de su Sala de lo Contencioso Administrativo en su sentencias de fecha de 9 de junio de 2020, Recurso de Apelación 653/2018 y en su sentencia de 15 de junio de 2020, Rec 187/2019, **reconoce el derecho al cobro de indemnización al personal funcionario interino.**

TERCERO.- PRONUNCIAMIENTOS DE JUZGADOS DE LO SOCIAL.

Muy recientemente por parte de varios juzgados de lo Social repartidos por la geografía de España están dictando sentencias en los que se **reconoce la fijeza** al personal indefinido no fijo o en abuso de temporalidad o contratado en fraude de ley.

A título meramente ilustrativo citamos la Sentencia dictada por el **Juzgado de lo Social nº 11 de Bilbao de fecha de 4 de marzo de 2021 en su procedimiento 181/2020**, donde en el fallo se **reconoce la fijeza** a un trabajador con contrato de interinidad desde el año 2003 sin que se hubiera resuelto proceso selectivo alguno hasta el día de la fecha reconociendo el carácter fraudulento de su relación.

A mayor abundamiento con lo anterior **el Juzgado de lo Social nº1 de Guadalajara en fecha de 11 de febrero de 2021, procedimiento 47/2020**, contra el Ayuntamiento de Azuqueca de Henares, condena al Ayuntamiento de referencia e impone la **declaración de fijeza** a favor del trabajador reclamante que sufrió abuso de temporalidad y fraude, de una relación ya declarada indefinida no fija desde el año 2007.

Asimismo, **el Juzgado de lo Social nº1 de Toledo en su sentencia nº 445/2020 de fecha de 30 de octubre de 2020, declara la fijeza de 11 demandantes**, al ser la medida más acorde según la ausencia de normativa en España como sanción efectiva, proporcionada y disuasoria que exige la Directiva 1999/70/CE y ello porque España no cuenta con otra medida efectiva disuasoria para evitar, y en su caso sancionar, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada ni que sea lo suficientemente eficaz ni disuasoria.

Subsidiariamente a las anteriores el Juzgado de lo **Social nº2 de Mataró con fecha de 3 de marzo de 2021, en su procedimiento 730/2020** ha dictado sentencia en la que reconoce el

carácter fraudulento de una relación temporal vigente desde el 2 de mayo del año 2007 reconociendo por aplicación de la sentencia de 19 de marzo de 2020 que critica ampliamente a la legislación española y su inoperancia para dar solución a la presente problemática, **indemnizando a la trabajadora con 45 días de salario por año de servicio hasta el 11 de febrero de 2012 y con 33 días con posterioridad a dicha fecha.**

Ello da lugar a la pregunta si la Administración ha calculado el gasto público económico que las innumerables indemnizaciones que va a tener que abonar están debidamente presupuestadas y previstas legalmente, ya que incluso en los mal llamados procesos de estabilización y las respectivas leyes presupuestarias advierten que estos procesos no podrán suponer incremento del gasto público, abriendo la vía de la responsabilidad patrimonial tanto la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha de 29/09/2018 en su Rec 1305/2017 así como el TJUE, que invitan a reclamar daños y perjuicios contra los funcionarios públicos que hayan generado esta situación de abuso y fraudulenta, esta cifra sería lo suficientemente elevada que difícilmente podría ser asumida y satisfecha por la Administración, dado que la misma debería de ser calculada en función de los años de servicio prestados, pérdida de oportunidades, reparación de los costes añadidos que deberían abonar al cese de este personal, así como los daños morales.

Asimismo y a mayor abundamiento se citan a título meramente ilustrativo una relación de derechos y circunstancias que son hurtadas sistemáticamente al personal laboral indefinido no fijo y temporal y que se le reconoce a través del derecho a la tutela judicial efectiva y mediante un gasto enorme de recursos económicos y personales para su reconocimiento vía judicial:

- 1.-Permiso de licencia sin retribución concedida a personal indefinido no fijo. Sentencia 947/2016, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social en su Recurso de Suplicación 792/2016 de fecha de 19 de mayo de 2016.
2. Reconocimiento del derecho a la movilidad por salud laboral reconocido a personal indefinido no fijo por Sentencia nº 2534/2017, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social en su Recurso de Suplicación nº 2308/2017 de fecha de 14 de septiembre de 2017.
3. Reconocimiento del derecho de rehabilitación a favor de funcionario interino de larga duración, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con sede en Granada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Recurso de Apelación 1710/2018 de fecha de 30 de abril de 2019.37
4. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha de 4 de julio de 2006 en la que se reconoce la fijeza a personal empleado público de larga duración.
5. Reconocimiento del derecho a la carrera profesional del personal interino de larga duración en Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de fechas de 21 de febrero de 2019 en su Recurso 1805/2017 y Sentencia nº 227/2019 y de 6 de marzo de 2019 en su sentencia 293/2019 y Recurso de Casación 2595/2017.

6. Reconocimiento del derecho a la carrera profesional del personal laboral temporal de larga duración, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha de 6 de marzo de 2019, Sentencia nº 178/2019 Rec Casación 8/2018.
7. Reconocimiento al personal indefinido no fijo de participar en procesos de concursos de traslado y por ende de su derecho de promoción profesional, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia nº 352/2018 y número de recurso 27/2017 de fecha de 2 de abril de 2018.
8. Reconocimiento del tiempo trabajado como personal funcionario interino en los procesos de promoción interna. Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-177/2010 Asunto Rosado Santana de fecha de 12 de mayo de 2011.
9. Derecho del indefinido no fijo a participar en un proceso de funcionarización, Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de fecha de 12/02/2007, en su recurso 1234/2007 siendo ponente D. Eduardo Calvo Rojas.
10. Derecho de Permuta del funcionario interino de larga duración reconocida por el Tribunal Constitucional en sentencia 149/2017, de 18 de diciembre.38
11. Dcho de excedencia voluntaria a funcionaria interina de larga duración en sentencia dictada por la Sala I, del Tribunal Constitucional de fecha 24 de julio de 2000 en su sentencia nº203/2000.
12. Carta de emplazamiento infracción 2014/4224 de la Comisión Europea contra el reino de España por abuso de la temporalidad y fraude en la contratación.
13. Resolución del Parlamento Europea de 31 de mayo de 2018 sobre las respuestas a las peticiones sobre la lucha contra la precariedad y el uso abusivo de los contratos de trabajo de duración determinada (2018/2600/(RSP).

ALEGACIONES

PRIMERA.- RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA DEL PERSONAL LABORAL INDEFINIDO .

El Anteproyecto de Función Pública en su Art. 11.2.c) y en el art. 15.2 suprime la figura del indefinido contradiciendo el EBEP en su artículo 8.2.c) y 11.1.

SEGUNDA.- ELIMINACIÓN DEL CARÁCTER EXCEPCIONAL PARA EL SISTEMA DE ACCESO POR CONCURSO PARA EL PERSONAL LABORAL

Por contravenir la legislación básica establecida en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

TERCERA.- ELIMINACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA Y CREACIÓN DE LA FIGURA DEL PERSONAL ESTABILIZADO A EXTINGUIR, O SIMILAR, REGULANDO UN PROCESO REAL Y EFECTIVO DE REGULARIZACIÓN,

El Anteproyecto desaprovecha la oportunidad de abordar la solución del conflicto generado por la situación de abuso de temporalidad.

Una Administración responsable, no puede obviar un problema tan manifiesto y relevante, a sabiendas de que generará con toda seguridad una batalla jurídica insostenible y probablemente unas resoluciones judiciales de efectos impredecibles para la Administración, que pueden suponer duplicación de plazas o indemnizaciones, como sanción al abuso, de cantidades incalculables.

CUARTA.-REGULACIÓN DE UNA SANCIÓN DISUASORIA, EFECTIVA Y PROPORCIONAL.

No recoge la normativa europea que regula el abuso de la temporalidad y la aplicación de una sanción proporcional, efectiva y disuasoria por el incumplimiento de la normativa comunitaria 1999/70/CE a favor del trabajador (STJUE 19 de marzo de 2020, 30 de septiembre de 2020 y 21 febrero de 2021.), ni tampoco se regula las consecuencias y responsabilidades civiles, penales y disciplinarias que deben sufrir los funcionarios o responsables políticos que han propiciado esta situación de abuso de temporalidad y en la contratación, a diferencia de lo ocurrido en Italia (Sentencia Mascolo), como obliga el TJUE.

El Presidente de la Asociación del Personal Laboral Indefinido por Sentencia Judicial de la Junta de Andalucía

Fdo: José Carlos Fernández Reyes