

JURISPRUDENTZIA/ JURISPRUDENCIA

César Gallastegi Aranzabal

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Deusto/Deustuko Unibertsitatea
cga@deusto.es

© 2017 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Sumario

I. Acceso al empleo público: ilegalidad en la valoración de méritos y efectos.—II. Acceso al empleo público: alteración de las bases de la convocatoria y revisión de oficio.—III. Acceso al empleo público: valoración de méritos y principio de transparencia.—IV. Régimen disciplinario: reserva de ley en la tipificación de las faltas disciplinarias.—V. Personal laboral de las Administraciones Públicas: indemnización a indefinidos no fijos y antigüedad de temporales discontinuos.

I. Acceso al empleo público: ilegalidad en la valoración de méritos y efectos

En este apartado aparece como cuestión a aclarar la posibilidad, en el seno de un proceso selectivo, de valorar de forma cualificada —sin contravenir el principio constitucional de igualdad en el acceso a los cargos públicos— los servicios prestados por interinos. Para ello traeremos a colación una sentencia del Tribunal Constitucional. El asunto presenta cierta relación con lo tratado en el último apartado de esta crónica de jurisprudencia.

Se interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra una sentencia dictada en septiembre de 2013 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Esa sentencia resolvía, en contra de las pretensiones del ciudadano recurrente, un recurso en torno a un proceso selectivo organizado por la administración. Se trataba, en concreto, de la provisión de plazas en el Cuerpo de Titulación Superior, subgrupo A1, de la sanidad catalana.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia confirmaba la legalidad de las resoluciones de la Dirección General de Función Pública de la Generalitat de Cataluña de 3 y 28 de junio de 2010, así como de la base 6.3.1.a) de la convocatoria de la que se derivaba la controversia.

En su recurso ante el Tribunal Supremo, el ciudadano alegó, en primer lugar, la inaplicación del art. 5 LOPJ, en relación al art. 14 y al art. 23.2 de la Constitución; en segundo lugar, la infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y, en tercer lugar, la infracción de los artículos 9.3, 14 y 23.2 de la Cons-

titución. En casación el ciudadano solicitaba, por una parte, que se declarasen no ajustadas a derecho las resoluciones administrativas impugnadas en el citado recurso contencioso administrativo y, por otra, la no conformidad a derecho de la base 6.3.1.a), apartado 1, de la convocatoria y del resto de disposiciones que se derivaban de dicha base, amén de que se retrotrajesen las actuaciones administrativas del procedimiento selectivo y se revisase la puntuación definitiva de los aspirantes, según el criterio que se estableciera en la sentencia.

Admitido el recurso de casación, se requirió, en marzo de 2015, a las representaciones procesales de las partes y al Ministerio Fiscal para que presentaran alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, se planteó al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad sobre las prescripciones de la disposición transitoria novena de la Ley 7/2003, de 25 de abril, de Protección de la Salud, de la Comunidad Autónoma de Cataluña (según la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 8/2007, de 30 de julio, también de la Comunidad Autónoma de Cataluña), contenidas en la letra b) de su apartado 9.2 y en su apartado 9.3. Y es que el Tribunal Supremo advierte de una posible inconstitucionalidad en dichas normas con fuerza de ley, por una posible infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución (en lo que disponen sobre el derecho a la igualdad con carácter general y sobre el derecho de acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas).

Efectivamente, el Tribunal Constitucional dictó sentencia —STC 88/2016, de 28 de abril (BOE n.º 131, de 31 de mayo)—, que declaraba inconstitucionales y nulos los apartados 2.b) y 3 de la disposición transitoria novena de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 7/2003, de 25 de abril, de protección de la salud. Según el Constitucional, es contrario a la igualdad que se valore de una forma especial determinados servi-

cios prestados (en este caso, los definidos en el apartado 3 de la disposición transitoria novena de la Ley 7/2003) cuando no tienen justificación alguna. Esto es, la causa determinante de la valoración especial en el presente caso no es la naturaleza de los servicios, ni su fecha de prestación, ni la interinidad del empleado público al tiempo de prestarlos, sino sencillamente el lapso temporal en que se ostentó la condición de interino, y que en todo caso fue en fecha muy anterior a la celebración del proceso selectivo.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional sí admite (y así lo ha hecho en pronunciamientos anteriores) que se realice una especial valoración de los servicios de los interinos si se basa en la necesidad de dar respuesta a la anómala situación de interinidad existente durante muchos años en este grupo y se trate de culminar el proceso de implantación de la Administración autonómica. Pero, aclara el Constitucional, no cabe invocar la consolidación de empleo temporal para justificar excepciones a la igualdad en el acceso a los cargos públicos del art. 23.2 CE cuando no se constata la vigencia y continuidad de ese empleo temporal a cuya necesaria consolidación se apela. Parafraseando al Constitucional, no cabe justificar la excepcionalidad del supuesto cuando la disposición legal que prevé la especial valoración de los servicios no exige siquiera, como ocurre en este caso, que se trate de personal que siga siendo interino en la Administración autonómica a la fecha de su participación en el proceso selectivo. Tampoco se justifica por la necesidad de culminar la implantación de la Administración autonómica sanitaria, puesto que, dados los años transcurridos, la inmediatez de tal necesidad ha desaparecido y no se aprecia razón alguna que impida la provisión ordinaria de las plazas.

Recibido en el Tribunal Supremo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional y tras oír a las partes sobre las consecuencias que había de tener, se dicta la *sentencia de 10 de noviembre de dos mil dieciséis* (5124/2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.ª, recurso número 3970/2013). A la vista del fallo del Constitucional y de los fundamentos que conducen a él, la resolución del recurso de casación debe ser estimatoria, en una consideración conjunta de los tres motivos de casación, los cuales, desde distintas perspectivas, apuntan a la desigualdad, constitucionalmente injustificada, con que fueron tratados los aspirantes que, como el recurrente, no eran interinos a la entrada en vigor de la Ley 7/2003. El Tribunal Constitucional expulsó del ordenamiento jurídico la normativa que permitió ese diferente trato, por lo que procede la anulación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

Por otra parte, queda anulada la base 6.3.1.a).1, fundada en los preceptos legales inconstitucionales. Asi-

mismo, procede retrotraer las actuaciones al momento de la valoración de los servicios prestados, para que se haga de nuevo tal valoración, pero aplicando ahora la base 6.3.1.a).2 a todos los aspirantes que llegaron a esa fase del proceso selectivo. Una vez efectuada esa operación, la Administración deberá establecer la puntuación final y la relación de quienes superan el proceso selectivo, con su correspondiente orden. En el supuesto de que el recurrente, tras efectuar esas operaciones, mereciera una puntuación que le situara entre los aspirantes seleccionados, tendrá derecho a ser nombrado funcionario con todos los efectos procedentes desde el momento en que se produjeron para los que fueron nombrados en su momento, sin que ello suponga la privación de su condición a aquellos aspirantes que, nombrados en su día funcionarios, ahora quedarán por debajo de la puntuación que da acceso a la plaza.

En efecto, «razones de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, además de consideraciones de equidad, justifican esta solución —ya seguida en supuestos similares por las sentencias de la Sección Séptima nº 991/2016, de 4 de mayo (casación 3221/2014) y de 29 de junio de 2015 (casación 438/2014)— pues no puede desconocerse ni el tiempo transcurrido desde que se celebró el proceso selectivo ni que son del todo ajenos a la causa determinante de la estimación de este recurso» (FD 6). Los efectos, por tanto, no se extienden a los indebidamente aprobados, que se mantienen en sus plazas.

II. Acceso al empleo público: alteración de las bases de la convocatoria y revisión de oficio

En este apartado nos referiremos a la problemática de la extensión subjetiva de los efectos de las sentencias favorables al aspirante que recurre —en concreto, a la extensión a otras personas distintas de aquél y que se encontraban en una posición similar— y a la utilización por la Administración de la figura de la revisión de oficio de actos que incurren en un vicio de nulidad absoluta y los límites que presenta tal técnica revisora, todo ello en un caso ambientado en materia de selección de personal.

Se plantea en 2015 ante el Tribunal Supremo un recurso de casación contra una sentencia dictada en

marzo de ese año por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En esa sentencia se examinaba la legalidad de una Orden de 2013, del Consejero de la Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco, que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra una Orden previa que, a su vez, inadmitía la solicitud de revisión de oficio de una resolución de 2001 del Director del Instituto Vasco de la Administración Pública. La resolución de 2001 hacía públicos los acuerdos del Tribunal Calificador sobre los resultados de un ejercicio práctico en el proceso selectivo convocado un año antes para el ingreso en el Cuerpo Superior Facultativo A2-Licenciados en Derecho.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en *sentencia de 18 de enero de dos mil diecisiete (275/2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.ª, recurso número 1469/2015)* estima que ha lugar al recurso de casación, presentado por el ciudadano que en 2001 participó en el proceso de selección vasco, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que queda anulada, así como las órdenes del Consejero y la resolución del Director del Instituto Vasco de Administración Pública, únicamente en lo que concierne al recurrente, al que se le reconoce el derecho a que se le recalcule la puntuación obtenida y pueda continuar el proceso selectivo.

En resumen, la prueba selectiva incluía en su fase de oposición una parte teórica y otra práctica, que constaba de dos ejercicios. Pese a que las bases no preveían su valoración separada ni el establecimiento de un mínimo a superar en cada uno de ellos, el tribunal calificador acordó, una vez celebrados los ejercicios, que la puntuación final de la prueba práctica vendría dada por la media aritmética de las obtenidas en cada uno de los ejercicios y que debía ser de cinco puntos al menos para superarla; además, el tribunal calificador acordó que si en uno de esos ejercicios se hubiera obtenido menos de cuatro puntos, entonces la media se reduciría a 4,90 puntos y el aspirante en cuestión quedaría eliminado. Precisamente esto es lo que le ocurrió al recurrente, quien en uno de los ejercicios prácticos no llegó a los cuatro puntos y quedó finalmente excluido del proceso selectivo.

En su momento, el recurrente impugnó la resolución que publicaba los resultados, llegando en casación hasta el Supremo, si bien quedó desierto su recurso. La cuestión es que paralelamente otro aspirante en la misma situación vio reconocido en casación, en el año 2008, su derecho a proseguir el proceso selectivo. Por ello, el recurrente inició varios movimientos, que resultaron infructuosos, para lograr el mismo resultado (petición a la Administración de extensión de efectos, incidente de ejecución de sentencia y solicitud de revocación a la Administración). Finalmente, pidió la revisión de oficio de la resolución de 2001 y su

rechazo por la Administración, con recurso de reposición incluido, le llevó a la jurisdicción contencioso-administrativa. La sentencia, como hemos señalado al inicio de este comentario, desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado contra la última actuación administrativa.

El Tribunal Supremo, en cambio, considera que la revisión de oficio es pertinente, atendiendo a que «la situación en la que se encuentra el recurrente se distingue porque pretende la corrección de una actuación administrativa de la que no hay duda de que es contraria al ordenamiento jurídico y lesiva de un derecho fundamental, tal como ha señalado la sentencia recurrida, pues el Tribunal Supremo ha apreciado la vulneración de las bases de la convocatoria con la consecuencia indicada en exactamente las mismas convocatoria, prueba y decisión del tribunal calificador a que se refiere el recurrente. Y, frente a ello, la Administración, confirmándolo la Sala de Bilbao, ha justificado la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio amparándose en una sentencia previa que se sabe con certeza que es contraria a la legalidad y lesiva del artículo 23.2» (FD 4). Por tanto, el aspirante que ve corregida en otra persona su calificación en un proceso selectivo —y ello con motivo de la nueva consideración de un criterio genérico que también le sea aplicable— puede aspirar, según sea el caso, a obtener el mismo resultado a través de la técnica de la revisión de oficio, exponiendo el trato desigual y alegando el derecho fundamental de igualdad.

III. Acceso al empleo público: valoración de méritos y principio de transparencia

En este supuesto los protagonistas son, por una parte, una médica que participa en un proceso selectivo para cubrir plazas vacantes de la categoría profesional de técnico/a especialista de grado superior sanitario en radiodiagnóstico, y, por otro, la administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

La aspirante no fue seleccionada, por quedar su puntuación por debajo de lo que fue preciso finalmente. Empero estimó que la valoración que recibieron sus méritos en la fase de concurso fue insuficiente, por lo que recurrió en alzada contra la resolución que aprobaba la lista definitiva de puntuaciones y en la vía contencioso-administrativa frente a la resolución que desestimó su impugnación previa. El Tribunal Supe-

rior de Justicia de Cataluña estimó sus pretensiones y acordó retrotraer las actuaciones para que se valoraran sus méritos y se la colocara en la posición correspondiente.

Dos méritos no le habían sido tenidos en cuenta y sobre ellos centraba su alegato. En primer lugar, un curso, y, en segundo lugar, unas prácticas docentes. Entramos en el fondo de la cuestión: en el expediente administrativo no constaba la razón por la que no se valoró el curso, por lo que la aspirante y el órgano judicial entendieron que la ausencia de información sobre el motivo por el que no se le atribuyó el punto que reclamaba por este mérito —la presentación del título obtenido— le impidió servirse de la subsanación de forma hábil y útil para poner de manifiesto que sí cumplía el requisito —presentación del título que, por cierto, sí se hizo cuando se recurrió en alzada, pero sin que fuera tenido en cuenta—.

Por tanto, nos encontramos ante un caso en que —y así lo señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia— se produce una vulneración de los principios de transparencia, claridad y seguridad jurídica proclamados por los artículos 9.3 y 103.3 de la Constitución y 55.2.b) del EBEP. Expresado en términos generales, la falta de observancia del principio de transparencia en la actuación del tribunal calificador puede derivar en el derecho a la retroacción del procedimiento al objeto de que se realice una motivación razonada e incluso, si en el proceso judicial se evidencia una mejor posición del demandante, podría derivarse el derecho a la superación de la prueba. Volviendo al litigio que nos ocupa, la práctica docente también debió de ser puntuada, puesto que estaba finalizada antes de la fecha tope de referencia.

La administración sanitaria catalana, disconforme con el fallo judicial, interpone recurso de casación. Por una parte, entiende que el tribunal calificador valoró correctamente los cursos de la aspirante, ya que tal operación la hizo en base a la documentación que aquella aportó; lo contrario —tener en cuenta el certificado del curso entregado en alzada— hubiera sido infringir las normas del proceso selectivo, las bases de la convocatoria y las instrucciones del tribunal. Por otra, la decisión de no valorar las prácticas correspondientes al curso escolar durante el que se celebró el proceso selectivo correspondía al deseo de mantener el principio de igualdad (con respecto a las personas que hicieran las prácticas con posterioridad a la fecha límite de presentación de solicitudes).

El Tribunal Supremo, en *sentencia de 10 de enero de dos mil diecisiete* (38/2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.ª, recurso número 1123/2015) señala que «es coherente la conclusión obtenida por la Sala de Barcelona: la oscuridad del expediente en

este punto, impidió que la Sra. Mariola subsanara en condiciones su solicitud y, por tanto, no se debió considerar como nueva la documentación aportada con el recurso de alzada ya que no introducía ningún elemento, ningún mérito, que no se hubiese alegado y justificado en su día sino que se dirigía exclusivamente a poner de manifiesto que los estudios en virtud de los cuales logró el título de técnico especialista en radiología los superó antes del comienzo de este Curso» (FD 5).

En cuanto a la interpretación de las bases sobre la fecha límite a considerar para haber adquirido los méritos, el Tribunal Supremo señala que no había nada que interpretar: «La interpretación de las bases es una operación estrictamente jurídica que no implica, en principio, el ejercicio de la discrecionalidad técnica que asiste a los tribunales calificadores. Y, desde luego, en este caso en nada intervenía dicha facultad pues se trataba, simplemente, de saber qué es lo que decían las bases de la convocatoria sobre la fecha límite a la que debían haberse adquirido los méritos alegados por los aspirantes. Tal como de ellas mismas resulta con claridad, no era otra que la del último día de presentación de solicitudes, el 29 de abril de 2010. Propiamente no precisaban las bases en este punto de ninguna interpretación y, mucho menos, de una interpretación que les hiciera decir lo que no dicen, como, sin embargo, terminó sucediendo», y, por lo mismo, «las actividades docentes o de otra naturaleza enmarcadas en el curso académico y susceptibles de valoración como mérito que tuvieron lugar después de ese día no podrían ser consideradas del mismo modo que no podría serlo cualquier otro mérito adquirido después de ella» (FD 6). Por todo ello, el Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la administración catalana.

IV. Régimen disciplinario: reserva de ley en la tipificación de las faltas disciplinarias

Aportamos en este apartado la *sentencia de 30 de enero de dos mil diecisiete* del Tribunal Supremo (38/2017, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.ª, recurso número 1123/2015), dictada en un recurso de casación en interés de ley —figura actualmente desaparecida, como es conocido, cuyos elementos fundamentales se integran en el nuevo recurso único de casación—, frente a una sentencia de

20 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 7 de Sevilla.

La sentencia del Juzgado sevillano estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra una Resolución de la Delegación Provincial de Jaén de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, que impuso, a la parte en ese momento recurrente, la sanción de apercibimiento, de conformidad con lo previsto en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero.

La sentencia que se impugna declara que «en nuestra reciente sentencia de fecha 15 de diciembre de 2014 hemos tomado partido por entender que la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público ha representado la deslegalización del catálogo de las faltas disciplinarias graves y leves, en la medida que no aparecen descritas en el propio EBEP como sí ocurre con las faltas muy graves, remitiendo la Ley 7/2007, al desarrollo posterior del catálogo de faltas graves y leves, que imperativamente debe ser por medio de una disposición con rango de Ley, decayendo la virtualidad del catálogo incorporado al reglamento de régimen disciplinario de los Funcionarios civiles del Estado, por cuanto es de fecha anterior a la publicación del EBEP y su desarrollo en cuanto que precisión reglamentaria de tipos sancionadores previstos en una Ley carece de norma de este rango de carácter habilitante, por la expresada derogación de la Ley de Funcionarios civiles del Estado de 1965». Esto es, la sanción impugnada debe anularse porque las faltas tipificadas en el Real Decreto 33/1986 están contenidas en una norma de rango inferior al legal y se está infringiendo los principios de legalidad y jerarquía normativa.

La Administración autonómica recurrente propone como doctrina legal la siguiente: «La aplicación de los artículos 7 y 8 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero, para sancionar las faltas disciplinarias graves y leves en que incurran los empleados públicos no resulta contraria al principio de legalidad, sino que tal norma tiene la cobertura legal que resulta de la aplicación integradora de los artículos 94 apartado 3.º, 95 apartados 3.º y 4.º, disposición derogatoria única, apartado g) y disposición final cuarta, apartado 3.º de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que mantienen en vigor el citado Reglamento hasta tanto se produzca el desarrollo legislativo en el ámbito de cada Administración Pública» (FD 2).

La sentencia impugnada ante el Supremo, en definitiva, defiende que «el EBEP ha dejado sin cobertura

legal, aunque no se trate de una derogación expresa, al Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado de 1986, lo que determina que al regularse únicamente las faltas muy graves en dicho EBEP, las faltas graves y leves carecen de esa cobertura legal» (FD 6).

El Tribunal Supremo decide que ha lugar al recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo y que, respetando la situación jurídica particular derivada del fallo de la sentencia recurrida, se fije como doctrina legal la propuesta por la Administración autonómica recurrente. El Supremo en su razonamiento —después de examinar los antecedentes legislativos del régimen disciplinario, que realmente explican la situación normativa actual— recurre, en última instancia, al argumento de la relación de especial sujeción para justificar la deslegalización tipificadora.

En resumen, queda zanjada la cuestión de si la reserva de ley de la tipificación de infracciones efectuada por el Estatuto Básico del Empleado Público comportaba la exclusión por derogación de la tipificación reglamentaria de las faltas disciplinarias leves y graves, con la consiguiente imposibilidad de sancionar las conductas que mereciesen tales sanciones hasta que el legislador estatal o autonómico las tipificasen —opinión sostenida estos últimos años por algunos órganos judiciales y que provocaba que algunos funcionarios sancionados vieran admitidos sus recursos—, o si, por el contrario, las manifestaciones del Estatuto Básico del Empleado Público no suponían la imposibilidad de aplicar disposiciones reglamentarias. El Tribunal Supremo aclara que debe imponerse esta segunda interpretación.

V. Personal laboral de las Administraciones Públicas: indemnización a indefinidos no fijos y antigüedad de temporales discontinuos

En este apartado final recogemos dos sentencias, relacionadas ambas con el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Una se refiere a los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, en concreto a su derecho —tras ver extinguido el contrato de trabajo por amortización de la plaza que ocu-

paban— a recibir una indemnización. La otra sentencia se ocupa del cómputo de la antigüedad en los llamados contratados temporales o interinos discontinuos que encadenan contratos laborales temporales, entre los cuales pueden pasar varios meses sin actividad.

Todo ello en un momento en que está de plena actualidad el debate sobre la contratación de trabajadores temporales por la Administración. Como es conocido esta situación es frecuente y, en ocasiones, injustificada. Considerada la cuestión desde un plano abstracto, queda debilitado el principio de imparcialidad de los empleados públicos y la selección de estos puede producirse en condiciones no igualitarias; en una consideración más cercana, supone la inestabilidad y la precarización en el empleo. De manera que actualmente en las agendas políticas aparece la cuestión del establecimiento de medidas para reducir la temporalidad en el sector público. Así, desde fuentes gubernamentales, se está hablando, por un lado, de limitar los contratos de los nuevos empleados públicos temporales a un máximo de tres años, un tope que afectaría tanto a la duración de un solo contrato como al encadenamiento de contratos; y, por otro, de la consolidación de las plazas que lleven más de tres años ocupadas por un empleado público temporal (se entendería que, pasado ese tiempo, se trataría ya de una necesidad estructural o permanente de la Administración) y la convocatoria de oposiciones (a la que podría optar el trabajador que haya estado ocupando el puesto, sin vulnerar los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la función pública).

La *sentencia de 28 de marzo de dos mil diecisiete* del Tribunal Supremo (1414/2017, Sala de lo Social, recurso número 1664/2015) vio en casación para la unificación de doctrina (hoy día, suprimida) el recurso contra la sentencia dictada el 11 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación n.º 565/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de abril de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 20 de Madrid, todo ello a instancias de un trabajador enfrentado con la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas sobre su despido.

En su sentencia, el Pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo establece que el trabajador debe recibir una indemnización; la novedad estriba en que la cuantía debe ser fijada en base a un nuevo criterio cuantitativo. Los motivos para justificar la nueva pauta de valoración son cuatro.

Primero, «porque 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» (FD 3).

Segundo, «porque el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo (art. 15, números 3 y 5, del ET), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 103 de la Constitución y 9-2, 11-2, 55, 70 y demás concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público), no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad» (FD 3).

En tercer lugar, «porque, cual se deriva de lo señalado, la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo» (FD 3).

Y, cuarto, porque «la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales —en este caso, el régimen extintivo— obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año

de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato» (FD 3).

En resumen —por razones de espacio no entramos en este caso en el relato fáctico de la sentencia—, el Tribunal Supremo establece que los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, cuando sean cesados por amortización de la plaza que ocupaban, tendrán derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio, con un límite de doce mensualidades (y no de 8 días por año, como había indicado hasta ahora la jurisprudencia de la Sala en casos de ceses por amortización de vacantes).

En cuanto al segundo pronunciamiento, la *sentencia de 20 de octubre de dos mil dieciséis* del Tribunal Supremo (4818/2016, Sala de lo Social, Sección 1, recurso número 242/2015) trató del recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la sentencia dictada el 24 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en los autos núm. 151/2015 (y acumulados).

El Tribunal Superior de Justicia había reconocido en este caso la antigüedad de los contratados labora-

les que encadenaban contratos temporales, incluso en el caso de que pasasen más de tres meses entre ellos (para ello se declaraba la nulidad por discriminatorio del párrafo número séptimo del artículo 37 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid vigente en su momento, después de que se hubiera hecho desaparecer un párrafo segundo).

El Supremo corrige la interpretación judicial señalada: «la cláusula controvertida no resulta contraria al principio de igualdad de trato ni contiene discriminación alguna en la medida en que fija esa interrupción de tres meses como parámetro de diferenciación para el cómputo del periodo de servicios. Lo que podría resultar contrario a ese principio básico de igualdad sería que a los temporales no se les computaran los servicios en la misma medida que a los eventuales que pasen a fijos o que a éstos se les aplicaran medidas distintas de las que se apliquen en su caso a los primeros. No existe acreditación fehaciente de que en la práctica la empresa esté llevando a cabo una interpretación o aplicación contraria en perjuicio de alguno de los dos colectivos sometidos aquí a la comparación» (FD 3). Sin extendernos en el relato fáctico de la sentencia, se trata, en resumen, de que se avala, por no ser discriminatorio ni para los trabajadores temporales ni para los eventuales que pasan a ser fijos, el artículo del convenio colectivo vigente en su momento para dicho personal, que no computaba, a efectos de antigüedad, la prestación de servicios discontinuos si el plazo entre un contrato y el siguiente rebasaba los tres meses, computándose en tal caso los servicios posteriores a la última interrupción superior a tres meses.