

## editorial

En este boletín, además de las habituales reseñas legales, os ofrecemos un interesante comentario jurisprudencial sobre la **constitucionalidad de la figura del trabajador “indefinido no fijo”**, a cargo de Xavier Boltaina.

## legislación

**REAL DECRETO 337/2010, DE 19 DE MARZO, POR EL QUE SE MODIFICAN EL REAL DECRETO 39/1997, DE 17 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN; EL REAL DECRETO 1109/2007, DE 24 DE AGOSTO, POR EL QUE SE DESARROLLA LA LEY 32/2006, DE 18 DE OCTUBRE, REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN Y EL REAL DECRETO 1627/1997, DE 24 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE ESTABLECEN DISPOSICIONES MÍNIMAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN OBRAS DE CONSTRUCCIÓN** ([acceso al texto](#)).

En relación a esta norma nos remitimos a lo que ya comentamos en la [Actualización núm. 4 del Código básico](#).

Respecto a la materia de prevención laboral, puede resultaros de interés el **REAL DECRETO 67/2010, DE 29 DE ENERO, DE ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES A LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO** ([acceso al texto](#)) que regula, entre otros aspectos, los derechos de participación y representación en materia preventiva. Por lo que se refiere a su **ámbito de aplicación**, el art. 2 lo circunscribe a la Administración General del Estado y a los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en que preste servicios **personal funcionario**, ya tengan o no, además, **personal laboral**. Si coexistiesen los dos tipos de personal, las previsiones serán aplicables a ambos.

**REAL DECRETO 406/2010, DE 31 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBA LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO PARA EL AÑO 2010** ([acceso al texto](#)).

Establece los **principios que han de regir la planificación de los recursos humanos y los criterios que deben orientar los procesos de selección**. Prevé, entre otros aspectos, los siguientes: se aplicará el **criterio de reposición selectiva de bajas**, de manera que los nuevos ingresos se dirigirán a los sectores, funciones y territorios más necesitados de efectivos; **se reservará un 7% de las plazas ofertadas para ser cubiertas por personas con discapacidad** (de las cuales, un 2% se reservarán para personas con discapacidad intelectual y el restante 5% para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad); respecto a los procesos de **promoción interna**, **se convocan 660 plazas** para los distintos grupos y subgrupos de clasificación profesional del personal funcionario de carrera; se establece que de acuerdo con la DT 2ª EBEP **el personal laboral podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el proceso de concurso-oposición**, en aquellos cuerpos y escalas a los que figuren adscritos las funciones o puestos que desempeñe, de forma conjunta con el personal funcionario; se incluyen las **plazas de nuevo ingreso de las entidades públicas empresariales y entes públicos**; durante el año 2010 no se podrá efectuar ninguna nueva contratación de personal interino para cubrir temporalmente puestos de trabajo; y **la contratación de personal temporal o el nombramiento de funcionarios interinos, sólo se podrá llevar a cabo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables**.

Por otra parte, la DA 1ª dispone que **las corporaciones locales que aprueben su oferta de empleo público deberán remitir los acuerdos aprobatorios a la Administración General del Estado** a efectos de lo establecido en el art. 56.1 LBRL.

**RESOLUCIÓN DE 11 DE FEBRERO DE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, POR LA QUE SE REGISTRA Y PUBLICA EL ACUERDO PARA EL EMPLEO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 2010, 2011 Y 2012** ([acceso al texto](#)).

A través de la presente Resolución se ordena la inscripción del Acuerdo que firmaron, de una parte la CEOE y de otra las organizaciones sindicales de CCOO y UGT, y que tiene por objeto orientar la negociación de los convenios colectivos durante su vigencia, fijando criterios y recomendaciones a tener en cuenta en los procesos de negociación. **Entre otros aspectos, incluye criterios en materia de contratación** -como por ejemplo la promoción de la contratación indefinida, el fomento de la utilización adecuada de las modalidades contractuales o la adopción de fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales- **y sobre las condiciones para la externalización productiva o la subrogación de actividades**.

## sentencias

### ¿Es CONSTITUCIONAL LA FIGURA DEL TRABAJADOR “INDEFINIDO NO FIJO”?

Auto del Tribunal Constitucional 124/2009, de 28 d'abril ([acceso al texto](#))

Comentada por Xavier Boltaina

Pese a que a menudo los autos del TC pasan inadvertidos, en ocasiones aportan consideraciones jurídicas de gran importancia. En el Auto objeto de este comentario, el TC ha de resolver una cuestión de inconstitucional que le plantea un Juez laboral de instancia de Madrid: **los artículos del ET que deciden el carácter fijo de algunos supuestos de contratación irregular temporal y de cesión ilegal, son inconstitucionales cuando afectan al personal laboral que presta servicios en la Administración pública, porque no son respetuosos con los principios que establecen los arts. 14, 23.2 y 103.3 CE.**

El Juez considera que **ante un supuesto de contratación irregular en la Administración pública, la consecuencia debería ser la “nulidad” del contrato de trabajo y no la conversión del empleado en “trabajador indefinido no fijo”**. En este sentido, entiende que los arts. 8, 15.2, 15.3 y 43 ET deberían de tener la consideración de inconstitucionales por topar con la Constitución, pero exclusivamente cuando los trabajadores contratados de manera irregular o fraudulenta lo fueran en las administraciones públicas y no en el sector privado.

En concreto, el Juez considera que los artículos del ET mencionados y la propia jurisprudencia del TS sobre trabajadores indefinidos no fijos “entran en colisión con las previsiones constitucionales cuando el defecto substancial en la contratación consiste en la omisión del procedimiento selectivo ordenado para el acceso al empleo público”. **Específicamente, sitúa la inconstitucionalidad cuando el trabajador, temporal o fijo, no haya superado un proceso de selección o en aquellos supuestos en que no se haya dado cumplimiento a los principios de igualdad, mérito y capacidad.** En estos casos, afirma, la consecuencia debería ser la nulidad del contrato, pero no la conversión del contrato temporal en un contrato indefinido no fijo, si bien el trabajador debería tener derecho a la retribución por el tiempo trabajado e, inclusive, a la reparación por daños y perjuicios.

El Juez cree inconstitucional al trabajador indefinido no fijo porque, aunque no sea fijo de plantilla, cuenta con importantes ventajas: **continúa trabajando en la Administración, con una remuneración con cargo a los presupuestos públicos i con “una mejor posición real para acceder a la cobertura definitiva de la vacante mediante el procedimiento reglado”**. Esta mejor posición produce una desigualdad ante los ciudadanos ajenos a la Administración, pero también frente a otros trabajadores temporales de la Administración correctamente contratados o con irregularidades de menor importancia.

**El TC no admite la cuestión de inconstitucionalidad del Juez, no por razones de procedimiento sino porque la considera “notoriamente infundada”. No obstante, entra a valorar algunos aspectos importantes:**

- Las irregularidades que puedan producirse en la contratación temporal cuando ésta tenga lugar en la Administración, tienen diferente alcance a aquéllas que se producen en el sector privado (Auto del TC 364/1991), porque así lo determina el art. 14 CE. Los abusos o fraudes en el sector privado generalmente benefician al empresario y perjudican a la estabilidad en el empleo del trabajador, pero en la Administración existe otro interés relevante: **el interés general, que comporta que la aplicación del principio de estabilidad en el empleo -principio de derecho laboral- haya de llevarse a cabo sin que comporte colisión con el principio de acceso conforme al mérito y la capacidad.**
- **Con la finalidad de superar esta colisión, el TC considera correcta la interpretación del TS sobre la figura del trabajador indefinido no fijo.** Ésta impide que por aplicación incondicionada del derecho laboral se puedan consolidar como fijos trabajadores contratados irregularmente, en perjuicio de otros “potenciales aspirantes legítimos”.
- Pese a todo lo dicho, **el TC no rechaza que la nulidad del contrato temporal irregular o fraudulento hubiese podido ser mejor solución para salvaguardar los principios de los arts. 14 y 23.2 CE.** En este sentido afirma que pese a ser posibles “interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria diferentes de otras que quizás hubiesen dado respuesta más plenamente a estos valores”, ello no impide que se haya vulnerado un derecho fundamental y por tanto concluye que es plenamente constitucional que la jurisprudencia haya resuelto de determinada manera el problema a través de la figura del “trabajador indefinido no fijo”.

El Auto es de gran interés por dos motivos. Primero, porque **el TC concluye la constitucionalidad de la figura del trabajador indefinido no fijo.** Y segundo porque, pese a no adentrarse en el tema, **el Tribunal parece apuntar que la solución jurisprudencial hubiese podido ser otra -la nulidad del contrato-, que sería tanto como afirmar que nunca existió contrato laboral; inclusive (lo deja como hipótesis) más conforme con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.** La doctrina surgida de este auto, es coincidente con la 122/2009 de la misma fecha, así como con las posteriores 135/2009 y 178/2009.