

UN HECHO HISTÓRICO PARA EL PROFESORADO DE RELIGIÓN

ARANZADI

Reflexión sobre la tipificación normativa del contratado laboral de tiempo indefinido en el Estatuto Básico del Empleado Público

Por **D. Javier Pinazo Hernandis**. Doctor en Derecho-abogado. Profesor de Ciencia Política y de la Administración CEU-UCH

NOTA INTRODUCTORIA:

Como Autor de las enmiendas que el PNV presentó en el Senado quiero que consten otros hechos históricos que merecen tenerse en cuenta y son estos:

1º. Fue casual (providencial para un creyente como es mi caso) el que una madrugada, navegando por Internet, me encontrara con el Proyecto de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que estaba ya en el Senado, durante el período de presentación de enmiendas, que, de acuerdo con el calendario fijado, terminaba doce días después a contar desde aquella noche que ya es histórica.

2º. Mi interés por conocer lo que se decía en aquel Proyecto de Ley era doble. Por una parte quería saber si los sindicatos que dicen que trabajan para el profesorado de religión lo habían tenido en cuenta en una Ley de tanta importancia. Y de otra parte quería que APPRECE, en esta ocasión, no perdiera la ocasión, como la perdió cuando en el año 1984 se hizo la anterior reforma de la Administración Pública, en la que el Profesorado de Religión quedó en un “limbo legal” y de ahí vinieron todos sus males.

3º Cuando leí que en los artículos 8 y 11 del Proyecto de Ley sólo se hablaba del Personal Laboral FIJO o TEMPORAL, me alarmé, porque, ya conseguido el carácter de INDEFINIDA de la relación laboral del Profesorado de Religión, al no contemplarse en el Proyecto de Ley esta clase de personal, quedaba otra vez fuera de la Ley, con lo que su futuro quedaba nuevamente en el aire.

4º. No había tiempo que perder y aquella misma madrugada envié un mensaje a un compañero del País Vasco para que se pusiera en contacto inmediatamente con el PNV y le explicara el vacío legal para el Profesorado de Religión. El PNV fue receptivo a nuestra petición y nos pidió que le redactáramos las enmiendas y ellos las presentarían como suyas, pero que todo tenía que hacerse con urgencia, porque los plazos para la presentación de las enmiendas estaban a punto de agotarse.

5º. Redacté las dos enmiendas de la forma más sencilla posible para que todo el mundo captara rápidamente lo que APPRECE quería, advirtiéndoles que en los motivos no nombraran al Profesorado de Religión, porque los grupos del Senado contrarios a la presencia de la enseñanza de la religión en la escuela, podían oponerse a dichas enmiendas.

6º. Me preocupé cuando conocí la redacción del motivo que el PNV había aducido para presentar sus enmiendas, porque era este: “se trata de introducir el término indefinido, que no contempla el Proyecto, a fin de que también el profesorado de religión este contemplado en el artículo”. (Por eso en el libro “Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público de Salvador del Rey Guanter, de LA LEY”, dice el autor del comentario que se sorprende del motivo y también habla de “voluntad peregrina de las enmiendas”...). Peregrina será para el señor Guanter, pero no para el Profesorado de Religión de toda España. Al Sr. Guanter he dirigido un mensaje para que en la próxima edición del libro modifique sus comentarios peyorativos para con el Profesorado de Religión y las enmiendas conseguidas por APPRECE, a través del PNV, para que se incluyera en la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público al Profesorado de Religión.

7º. Pero la verdadera sorpresa vino cuando el Grupo de Senadores del PSOE también hizo suyas las enmiendas que había presentado APPRECE, a través del PNV, y fue el propio Ministro de

Administraciones Públicas el que las defendió en la Comisión de Administraciones Públicas del Senado. (Ver Debate celebrado el 12 de marzo de 2007. BOCG, Diario de Sesiones, VIII legislatura, número 435. Y en concreto las enmiendas 33 y 35 del grupo parlamentario de senadores nacionalistas vascos –GPSNV-, BOCG, Senado VIII legislatura, número 85, de 21 de febrero de 2007).

8°. Lo que no está recogido en las Actas del Senado es que fue APPRECE quien pidió al PNV que presentara las enmiendas y es el **Dr. D. Javier Pinazo Hernandis, el que ya lo certifica en su estudio, haciendo así honor a la verdad de los hechos.**

9°. A D. Javier Pinazo Hernández, APPRECE le agradece su honestidad de estudioso del Derecho y que haya citado a APPRECE como el “origen” de las enmiendas a los artículos 8 y 11 del Proyecto de Ley cuando estaba en el Senado.

El estudio-comentario de Don Javier Picazo es como sigue:

I. Marco de inserción del argumento

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), señala en su exposición de motivos que el Estatuto contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio. Optando por el modelo funcionarial con carácter general, reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de Administraciones públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas. En ese sentido, el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado.

En su **artículo 11**, tras la clasificación efectuada en el **artículo 8**, dice que «es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones públicas. En función de la duración del contrato, éste podrá ser *fijo, por tiempo indefinido o temporal*».

Queda, pues, claro que **el EBEP recoge normativamente la figura del laboral por tiempo indefinido, diferenciándolo de la del fijo** y que hasta ahora sólo tenía reconocimiento jurisprudencial.

II. Aparición de la figura «indefinido no fijo de plantilla»

El propio Tribunal Supremo (TS) calificó de problema complejo y difícil y especialmente vidioso la cuestión referida a la temporalidad o indefinición de la relación jurídica laboral en el ámbito de la Administración pública, señalando la complejidad que implica la existencia convergente de normas pertenecientes a las ramas social y administrativa del derecho, inspirada cada una de ellas en principios y dictadas con fines diferentes, cuando no esencialmente contradictorios (SSTS 18-7-1990 y 24-7-1997).

Con la expresiva frase «quien siembra vientos recoge tempestades», señaló la doctrina que la situación era tributaria en gran medida de la actitud descuidada y arbitraria de la propia Administración y, sobre todo, de algunos de sus gestores, quienes de forma

reiterada y amparándose en una supuesta situación de privilegio y poder han actuado de forma irresponsable consagrando el abuso de derecho y el fraude de ley como técnicas habituales de contratación, como remedio para suplir la falta de una adecuada planificación de plantillas desconocedora de los elementales principios de derecho.

Con estos mimbres es de justicia reconocer que el TS ha elaborado una doctrina de compromiso entre la legalidad y la justicia material, y que desde la Ley 30/1984, de 2 de agosto, puede sintetizarse en lo siguiente:

- 1ª) Los incumplimientos especialmente cualificados (SSTS 9-10-1985 y 7-3-1988).
- 2ª) La aplicación *tout court* del derecho laboral común a las administraciones públicas (STS 18-3-1991).
- 3ª) La distinción entre fijo de plantilla y trabajadores con relación laboral por tiempo indefinido, según haya habido o no acceso al empleo público conforme a las previsiones constitucionales y administrativas (SSTS 7-10-1996 y 20/21-1-1998).

En toda esta evolución subyace una dialéctica entre dos fuerzas antitéticas y aparentemente equipotentes y equivalentes, resultante de la legalidad administrativa y laboral y sus distintas y, a veces, distantes teleologías. La figura del «indefinido no fijo de plantilla» responde a la dinámica de «parches jurisprudenciales» fruto de la precariedad normativa.

Ahora bien, si es cierto que la doctrina actual merece la consideración de innovadora, acertada y oportuna, también merecería la de provisional e inconclusa, hasta que una norma cerrara la problemática pendiente por resolver como resulta de determinar:

- a) Cuánto tiempo se puede gozar de la consideración de indefinido, establecido por un pronunciamiento judicial.
- b) Alcance de los efectos sobre la distinción entre indefinido y fijo de plantilla y su diferenciación con la de la empresa privada o con la figura de interinidad por vacante (la STS 6 mayo 2003 equipara indefinido a indeterminado).
- c) Procedencia o no de indemnizar tras la extinción de la relación, agotada la situación de indefinido no fijo, y en caso afirmativo, la razón de ello, bien con fundamento en causas objetivas por razones organizativas o la doctrina del *factum principis* como causa de fuerza mayor impropia.
- d) En su caso, fijación del *quantum* indemnizatorio.

III. Los remiendos normativos

La falta de previsión de las normas que permitieron la introducción masiva del personal laboral en el empleo público ha hecho necesaria la creación un mínimo régimen jurídico por vía de doctrina jurisprudencial y que fundamentalmente ha sido a raíz de la conflictividad de materias relacionadas con la contratación temporal laboral y la pretensión de fijeza o estabilidad. Buena parte de las especialidades del régimen jurídico

del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas han sido introducidas por obra de la jurisprudencia.

Esta labor «legislativa» de la jurisprudencia, como un remedio necesario al confuso e incompleto régimen jurídico, ha supuesto que los tribunales hayan tenido que inventar la norma en aras de salvaguardar principios constitucionales, recogida *ex post* por el legislador, además de otras oportunas innovaciones legislativas.

Muestra de todo ello son:

a) El contrato de interinidad para cubrir plazas vacantes en la Administración (artículo 4 del RD 2546/1994, de 29 de diciembre).

b) La supresión de los contratos para trabajos específicos y concretos no habituales en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con la pretensión de facilitar la delimitación de modalidades contractuales en determinadas zonas grises (Ley 53/1999, de 28 de diciembre).

c) Los recordatorios en la legislación de presupuestos públicos de la necesidad de evitar el incumplimiento de las reglas sobre contratación temporal que pudiera provocar la adquisición por parte de los trabajadores de derechos de permanencia en el puesto (v.g., artículo 36.2 LPGE del año 2000).

d) La reforma del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (ET), por la que el contrato podrá extinguirse por causas objetivas, en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate (Ley 12/2001, de 9 de julio, medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad).

e) La modificación de la disposición adicional (DA) 15ª del ET, estableciendo ahora que «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» (artículo 12.13ª de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo). La nueva redacción del art 15.5 ET señala que: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo 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 con 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».

f) Por último, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –en vigor el 31 de marzo de 2008–, en su DA 5ª, señala los límites a la contratación con

empresas de trabajo temporal, al disponer que «1. No podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal, salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos. 2. En estos contratos, vencido su plazo de duración, no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas... La duración de estos contratos en ningún caso podrá superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga».

IV. El *iter* legislativo del Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público (PEBEP)

Hay que hacer mención obligatoria a cómo se ha introducido la figura del contratado por tiempo indefinido, pues en el Proyecto del Estatuto de la Función Pública de 25 de junio de 1999 no señalaba nada al respecto. Tampoco en el borrador de 25 de mayo de 2006 del pebep, pues su artículo 11 establecía que «Es personal laboral el que en virtud de contrato escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones públicas. En función de la duración del contrato, éste podrá ser *fijo o temporal*».

La redacción definitiva sufriría los cambios en el debate en la Cámara alta a resultas de la enmienda núm. 33 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos mediante la siguiente enmienda de adición al artículo 8.2.c. «c) Personal laboral, ya sea fijo, indefinido o temporal.» Señalando como «justificación» la de que «Se trata de introducir el término “indefinido”, que no contempla el Proyecto, a fin de que también el *profesorado de religión* esté contemplado en el artículo».

La enmienda núm. 35 –con la misma justificación– introdujo la modificación del artículo 11.1, proponiendo la redacción actual: «Es personal laboral el que en virtud de contrato, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones públicas. En función de la duración del contrato, éste podrá ser fijo, indefinido o temporal».

Ambas enmiendas fueron admitidas e incorporadas al texto definitivo y vigente.

V. La confusión está servida

De lo leído hasta ahora parece que la figura del contratado por tiempo indefinido que recoge el EBEP se refiere a la cuestión particular del colectivo de profesores de religión en la enseñanza pública. Previsión en consonancia con el RD 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la DA 3ª de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en cuyo artículo 4.1 dispone «La contratación de los profesores de religión será por *tiempo indefinido*, salvo en los casos de sustitución del titular de la relación laboral que se realizará de conformidad con el artículo 15.1.c) del ET y sin perjuicio de lo dispuesto en las causas de extinción del contrato que figuran en el presente real decreto. En el artículo 7.b) se establece que el contrato de trabajo se

extinguirá «Por revocación ajustada a derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de religión por parte de la confesión religiosa que la otorgó».

Por último, la DA única dispone que «los profesores de religión no pertenecientes a los cuerpos de funcionarios docentes que a la entrada en vigor del presente real decreto estuviesen contratados pasaran automáticamente a tener una relación laboral por tiempo indefinido en los términos previstos en este real decreto...». Y en la disposición final 1ª que el Real Decreto se dicta al amparo del artículo 149.1.7.ª de la Constitución, que reserva al Estado la competencia en materia de legislación laboral.

Es decir, nos encontramos ante un régimen jurídico especial para este colectivo docente que deriva del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3 de enero de 1979, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, y la DA 3ª de la LOE, en virtud del cual cada profesor es declarado idóneo por la autoridad eclesiástica para impartir docencia en los centros públicos. Por lo tanto, es indefinido (de duración indeterminada), porque no se sabe *ab initio* cuánto tiempo va a impartir docencia, ya que dependerá de si será o no renovada la propuesta de la autoridad eclesiástica. La regulación se atiene la doctrina del Tribunal Constitucional, reiterada a partir de la Sentencia 38/2007, de 15 de febrero, que considera válida la exigencia de la idoneidad eclesiástica como requisito de capacidad para el acceso a los puestos de trabajo de profesor de religión en los centros de enseñanza pública, al propio tiempo que exige que esa declaración de idoneidad, o su revocación, sea respetuosa con los derechos fundamentales del trabajador. Este régimen jurídico tiene sus antecedentes en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social para 1999, la Directivas comunitarias del Consejo 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, y 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, y todo ello bajo la prescripción del artículo 27.3 CE.

Cabe añadir que con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, la Ley 13/2007, de 27 de julio, de modificación de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, señala en su exposición de motivos que «La nueva redacción del artículo 9.4 intenta establecer, de forma respetuosa con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, una regulación de los efectos de la declaración de indefinición de una relación laboral temporal o de la declaración de laboralidad de una contratación administrativa.

La regulación se basa en los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes: el personal declarado laboral indefinido no tiene carácter de fijo, porque los empleos públicos deben proveerse de acuerdo con los principios institucionales de igualdad, mérito y capacidad. Pero, además, tras una sentencia estimatoria de una reclamación de indefinición laboral, **la administración debe regularizar la situación creando la plaza con la naturaleza funcionarial o laboral que corresponda y poniendo en marcha los procedimientos necesarios para su cobertura ordinaria».** El citado artículo 9.4 señala que «La administración no podrá convertir en fija o indefinida una relación laboral de carácter temporal».

VI. ¿Una materia interpretativa?

¿Estas prescripciones de la normativa autonómica gallega se inspiran en el EBEP, o siguen mirando únicamente a la doctrina jurisprudencial? **Queda, pues, la duda de interpretar si este personal laboral de «tiempo indefinido» de los artículos 8 y 11 del EBEP es aquel que se creó por la doctrina del Tribunal Supremo de «indefinido no fijo de plantilla»; es únicamente el personal docente de religión o una categoría *ex novo* para el empleo público que pudiera servir para subsumir en ella un elenco de situaciones jurídico-laborales diversas y dispersas.**

Fijémonos en lo siguiente: la normativa gallega, en su motivación para la redacción del artículo 9.4, no habla explícitamente del artículo 8 y 11 del EBEP. **De otra parte, las enmiendas en el Senado se justifican para referirse únicamente al profesorado de religión, y éstas tienen su origen en las propuestas de APPRECE (Asociación Profesional de Profesores de Religión en Centros Escolares).**

Es significativo que no se hable de «indefinido no fijo de plantilla» en el EBEP, aunque sí (artículo 61.7) de la **necesidad de superar los sistemas selectivos del oposición, concurso-oposición, o concurso de valoración de méritos, para obtener la condición de personal laboral fijo.** Esto apunta a pensar que el EBEP tan sólo piensa en los profesores de religión.

Pero si nos encontráramos con una interpretación extensiva y genérica para todo el empleo público laboral, por entender que la nueva redacción de la DA 15ª del ET permitiría **distinguir entre indefinido y fijo en la Administración**, quedaría pendiente de solucionar *ex lege* las mismas cuestiones hasta ahora vistas, sobre las consecuencias últimas de esta categoría.

La solución definitiva al problema de la contratación temporal irregular no parece ser el remedio jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo de plantilla. Merece una respuesta en la legislación laboral básica, pues poco podrán aportar aquí los desarrollos autonómicos, salvo normativa de carácter disuasorio o sancionador.

Lo más plausible sería tal vez considerar a los indefinidos no fijos de plantilla *ex sententia*, una categoría provisional a extinguir y, en su caso, la previsión en la normativa laboral de su inserción en una figura de interinidad *ad hoc*.

EPILOGO:

1º. No comparto la frase final de su comentario: “Lo más plausible sería tal vez considerar a los indefinidos no fijos de plantilla *ex sententia*, una categoría provisional a extinguir y, en su caso, la previsión en la normativa laboral de su inserción en una figura de interinidad *ad hoc*”, porque no es la “figura del laboral interino” la que tiene que buscar el Profesorado de Religión, sino la del **laboral fijo de plantilla**, mediante la creación de la **Relación de Puestos de Trabajo (RPT)** como ya se ha hecho en la Comunidad Autónoma de Galicia.

2º. Resultó muy duro convencer a los Letrados del Senado de la necesidad de incluir el término **indefinido**, porque para ellos **fijos e indefinidos** era lo mismo. No lo era para mí, a pesar de no ser experto en derecho, ni tener los estudios de Derecho. Cuando, al final del debate, los letrados del Senado reconocieron que laboral fijo es distinto a laboral indefinido, todo fue más fácil en el diálogo político.

3º. Por eso me permito disentir públicamente del Sr. **D. Javier Pinazo Hernández**, autor del comentario y estoy seguro que si llega a conocer mis argumentos, me daría la razón, como hicieron los Letrados del Senado., porque ya no hay que mirar hacia atrás, sino hacia delante y sin necesidad de modificar ninguna norma importante de la Legislación laboral, **se puede seguir avanzando**. En APPRECE tenemos marcado ya **nuestro siguiente objetivo** para una **mayor y mejor estabilidad del Profesorado de Religión: del indefinido al fijo de plantilla**.

4º. Para ello el iter a seguir es el siguiente: Celebradas elecciones sindicales propias del Profesorado de Religión, para constituir los Comités de Empresa propios del Profesorado de Religión y la Mesa Negociadora propia del Profesorado de Religión que negocie el Convenio Colectivo propio del Profesorado de Religión, es en el Convenio propio donde se tienen que acordar las fórmulas que vayan dando paso del personal laboral indefinido al personal laboral fijo de plantilla.

5º. Si a APPRECE le debe el Profesorado de Religión de España que sus retribuciones económicas estén equiparadas a las del funcionario interino, el que el Profesorado de Religión de toda España este incluido en los artículos 8 y 11 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, también se le debe a APPRECE y, en consecuencia, también se le debe a APPRECE el que todo el Profesorado de religión de España esté ya cobrando los trienios o esté a punto de cobrarlos en alguna Autonomía.

6º. Que el Profesorado de Religión de España tenga el reconocimiento legal de “empleado público” en la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público nos permite encarar el futuro desde un marco legal en el que APPRECE ha tenido un papel fundamental, como es también la Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica de Educación (LOE) y el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, que regula la relación laboral del Profesorado de religión con las Administraciones Públicas.

7º. Y la verdad de los hechos es incuestionable, la diga Agamenón o su porquero. Conviene que el Profesorado de Religión conozca estos hechos históricos, que demuestran que a APPRECE le debe casi todo lo que ha conseguido. Y que sólo quienes sabemos cómo se han llegado a alcanzar los logros actuales, también sabemos cómo hay que seguir trabajando para continuar con otras mejoras de todo tipo.

8º. Estos hechos históricos dejan al descubierto una realidad muy cruda sobre los “representantes del Profesorado de Religión” y su preparación para hacer frente al futuro que tiene que seguir construyéndose para el Profesorado de Religión. **Hacen falta dirigentes sindicales que sepan hacia dónde hay que dirigir las reivindicaciones del Profesorado de Religión en España y en cada una de sus Comunidades Autónomas.**

9º. Para terminar hay que agradecer la colaboración prestada en Galicia, País Vasco y Madrid por las personas que cumplieron un papel fundamental en los contactos con los políticos del PNV en el País Vasco, del PSOE en Galicia y en Madrid con los Grupos políticos del Senado. A ellos también, además de la felicitación mutua, mi agradecimiento por el trabajo realizado.

Por la NOTA INTRODUCTORIA y el EPILOGO:

Rafael Martín Gómez. Presidente de APPRECE ANDALUCIA y Vicepresidente de APPRECE-UNIÓN APPRECE ESPAÑA.

Sevilla, 20 de febrero de 2010