

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de DERECHO

EL EMPLEO TEMPORAL IRREGULAR EN EL SECTOR PÚBLICO

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

Murcia, diciembre 2017

RESUMEN: La necesidad de conjugar los principios constitucionales y de naturaleza legal que deben regular los sistemas de acceso a un empleo en el sector público, sea laboral o funcionarial, fijo o temporal, con la solución prevista en la legislación laboral en respuesta a los casos de contratación temporal irregular está en la base de la construcción de ese oxímoron que es el trabajador indefinido no fijo de plantilla, con origen en la jurisprudencia y que solo de forma incompleta e imperfecta ha tenido plasmación normativa en el Estatuto Básico del Empleo Público. En estas situaciones, el principio de estabilidad en empleo que forma parte del contenido esencial del derecho constitucional al trabajo pierde fuerza cuando se aplica en las Administraciones Públicas para dar satisfacción a las exigencias constitucionales sobre acceso a un empleo público.

PALABRAS CLAVE: contratación temporal, fraude de ley, trabajador indefinido no fijo, sector público.

ABSTRACT: *The need to combine the constitutional and legal principles that must regulate systems of access to employment in the public sector with the solution provided by labour legislation in response to the cases of irregular fixed-term contracts based the construction of the indefinite temporary worker, created by the the jurisprudence and incompletely transferred to the Statute of public employment. In these situations, the principle of stability in employment that is part of the essential content of the constitutional right to work loses force when it is applied in public entities in order to meet the constitutional rules on access to a public employment .*

KEY WORDS: *fixcd-term contracts, public employment, irregular recruitment in public administrations*

Sumario: I. LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO COMO REGLA GENERAL Y SUS EXCEPCIONES. II.- LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO. III.- LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LOS REMEDIOS FRENTE A SU DEFECTUOSA UTILIZACIÓN. LA ANOMALÍA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL INDEFINIDO NO FIJO: 1. La temporalidad en el empleo público: abusos más frecuentes. 2. El indefinido no fijo como solución imperfecta a la contratación temporal irregular en las Administraciones Públicas. 2.1. Caracterización de la figura. 2.2. Condiciones laborales del personal indefinido no fijo. 2.3. Extinción de la relación laboral indefinida no fija y responsabilidad indemnizatoria de la Administración. IV.- LA EXTENSIÓN DE LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.

I.- LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO COMO REGLA GENERAL Y SUS EXCEPCIONES

Nuestro ordenamiento jurídico admite que las Administraciones Públicas cubran sus necesidades de personal tanto mediante funcionarios u otro personal en régimen de Derecho administrativo, cuanto con empleados contratados en régimen laboral. Esta dualidad de estatutos jurídicos para el personal al servicio de las Administraciones Públicas y, más ampliamente, para los empleados del sector público, no contradice lo dispuesto en la Constitución de 1978, la cual, si bien opta claramente por el régimen estatutario o funcionarial de los servidores públicos en sus artículos 103.3 y 149.1.18ª, no prohíbe contratar personal en régimen laboral¹, cosa que ya se venía haciendo antes de que se promulgara la CE² y permite actualmente el Estatuto Básico del Empleo Público (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre –TREBEP-).

Tanto en el ámbito funcionarial como en el laboral, la regla general consagrada a nivel normativo es la estabilidad o fijeza de la relación de empleo público, de modo que solo por justificadas y excepcionales razones se permite a las Administraciones y entidades públicas reclutar personal temporal.

La centralidad de la contratación indefinida, como manifestación más importante –pero no única- del principio de estabilidad en el empleo, está presente también en la

¹ Aunque, como pone de manifiesto LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995, p. 84, “la Constitución parece descartar la alternativa de una total laboralización, en el sentido de que todo el personal de las administraciones públicas esté excluido del ámbito de aplicación del estatuto de los funcionarios”.

² El proceso de laboralización del empleo público arranca con la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, texto aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que había roto la exclusiva del sistema de función pública vigente, al admitir la contratación de trabajadores al servicio de la Administración de acuerdo con la legislación laboral, siempre que estuviese autorizada reglamentariamente (art. 7).

normativa y jurisprudencia comunitarias. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto Pérez López (C-16/2015), que interpreta las cláusulas 3ª a 5ª del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada integrado en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, sostiene que *“la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades”* (apdo. 48).

Con todo, son múltiples las manifestaciones de temporalidad, laboral y extralaboral, en el empleo público, y sumadas representan un volumen de empleo precario muy significativo, que se ha exacerbado durante los años de la crisis económica al no disponer las Administraciones Públicas de recursos materiales ni posibilidad jurídica de convocar plazas estructurales o estables.

El Estatuto Básico del Empleado Público tipifica en su artículo 8.2 las clases de empleados públicos: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal) y personal eventual, al tiempo que regula en su artículo 13 la nueva figura del personal directivo profesional.

Interesa señalar que son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando concurra alguna de las circunstancias indicadas en el artículo 10.1 TREBEP. Queda claro, por tanto, que la relación funcionarial interina nace según la norma con vocación de temporalidad. Manifestación clara de ello es que cuando el nombramiento como funcionario interino se realiza para cubrir plazas vacantes –dotadas y de plantilla- que están destinadas a funcionarios de carrera, esto es, para atender necesidades del servicio público que revisten carácter ordinario o permanente, el artículo 10.4 EBEP dispone que dichas plazas deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produzca su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, *salvo que se decida su amortización*. Y el artículo 70 del propio TREBEP establece que, una vez aprobada la

oferta de empleo público, la Administración correspondiente vendrá obligada a convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos, debiendo la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar desarrollarse “dentro del plazo improrrogable de tres años”. Es cierto que la propia Ley proporciona un balón de oxígeno a la Administración al fijar un horizonte de ejecución de la oferta de empleo público de tres años, pero lo que no podrá hacer en ningún caso es escudarse en dificultades presupuestarias o invocar necesidades organizativas para no convocar las plazas vacantes cubiertas por interinos que hayan sido incluidas en la OPE. En cuanto al efecto que sobre la OPE tenga el transcurso del plazo máximo indicado en la norma para su ejecución, a falta de previsión normativa expresa no parece que la misma debe entenderse invalidada por caducidad, sino que estaríamos ante una irregularidad de la Administración no invalidante.

Ahora bien, la posibilidad de nombrar funcionarios interinos por acumulación de tareas o para atender programas de carácter temporal, sin que legalmente se fijen los contornos materiales de dichos programas (más allá del establecimiento de una duración máxima a los mismos), ha comportado la descausalización en gran medida de esta figura, que se ha convertido en un factor más de precarización del empleo público al que las Administraciones Públicas vienen recurriendo para dar cobertura a cualesquiera de sus necesidades de reclutamiento temporal, sin límite causal y sin riesgo, hasta el momento, de tener que abonar ninguna indemnización por cese ni tener que soportar la sanción de estabilidad del vínculo que, acudiendo a una construcción jurisprudencial hartamente confusa y polémica –la categoría del indefinido no fijo, a medio camino entre el fijo y el temporal interino– viene aplicando el orden social en los supuestos de contratación temporal irregular³, situación ésta que, como tendremos ocasión de comentar más adelante, está empezando a cambiar para los funcionarios interinos tras las SSTJUE de 14 septiembre 2016, asuntos De Diego Porras (C-596/14), Pérez López (C-16/15) y asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López (C-184/15 y C-197-15).

Por su parte, el artículo 12 TREBEP caracteriza al personal eventual como aquel que “*en virtud de nombramiento y con carácter no permanente solo realiza funciones*

³ MIÑARRO YANINI, M., “Empleo público y contratos de “indeterinos”: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal”, *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social-CEF*, núm. 384, 2015, p. 36.

expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin". Este tipo de personal no guarda relación alguna con la contratación laboral eventual del artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, sino que se corresponde con puestos de confianza y de libre designación vinculados a determinadas autoridades; su cese es libre y no puede constituir mérito alguno para el acceso a la función pública.

En el sector público sanitario, el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, clasifica a este personal –sujeto de una relación funcionarial especial- en fijo y temporal. Por personal estatutario fijo se entiende aquel que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven (art. 8). Por el contrario, será personal estatutario temporal el nombrado por los servicios de salud *por razones de necesidad o de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario (art. 9.1). Dependiendo de la causa, los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución (art. 9.2).*

Según el artículo 11.1 TREBEP, 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, indefinido o temporal. El TREBEP no contiene una regulación específica para la contratación laboral temporal. Por tanto, los únicos supuestos en que es admisible la contratación temporal en las Administraciones Públicas son los previstos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores con desarrollo reglamentario a cargo del RD 2720/1998 (contratos temporales estructurales: contrato de obra, contrato de eventuales, contrato de interinidad por sustitución y contrato de interinidad por vacante), a los que se suman los contratos formativos (en prácticas y para la formación y el aprendizaje) regulados en el artículo 11 ET y en los Reales Decretos 488/1998 y 1529/2012, y el contrato de relevo en su modalidad temporal regulado en el artículo 12 ET.

Pero las posibilidades de contratación temporal en el sector público no se limitan a las fórmulas laborales, estatutarias o funcionariales contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, en el Estatuto Marco del personal sanitario y en el EBEP. Para hacer frente a las distintas necesidades que se le presentan y cumplir con sus fines, la

Administración también puede reclutar efectivos, con carácter temporal, acudiendo a figuras contractuales extralaborales, como los contratos administrativos de servicios – diferentes a los de obras o suministros y a los de gestión de servicios públicos- que tienen por objeto prestaciones de mantenimiento y reparación, transportes, telecomunicaciones, servicios financieros, jurídicos, informáticos, de investigación y desarrollo, de contabilidad, auditoría o consultoría, etc., en los términos previstos en los artículos 10 y 301 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y que han suscitado en los últimos tiempos la problemática sobre el recurso a los falsos autónomos en la Administración Pública⁴. La amplia definición del objeto del contrato de servicios acogida en el artículo 10 TRLCSP en relación con las actividades incluidas en su Anexo II contribuye a la conformación de una zona compartida por ambos sistemas contractuales, administrativo y laboral, que propicia la aparición de cuestiones conflictivas periódicamente actualizadas que tienen por objeto el deslinde entre ambas figuras.

Otra vía de captación de fuerza de trabajo temporal en las Administraciones Públicas que estaba en desuso y se ha intensificado con las crisis son los trabajos de colaboración social, que la entidad gestora puede exigir a los beneficiarios de prestaciones o subsidios por desempleo con amparo en el artículo 272 TRLGSS/2015 y en el RD 1445/1982, de 25 de junio. Estos servicios se realizan al margen de una relación laboral, al configurarse como una prestación personal obligatoria. Inicialmente se consideró lícita la concertación de colaboración social para la prestación de servicios ordinarios o permanentes de la Administración, pues se entendía que la temporalidad era consustancial a este tipo de trabajos y que el vínculo era temporal *ex lege*⁵; pero esta perspectiva cambió hace algunos años y actualmente la jurisprudencia exige, para la validez de los trabajos de utilidad social, que exista una causa objetivamente temporal que justifique su concertación y que el trabajador sea adscrito a la misma, no pudiendo

⁴ Un análisis crítico sobre la utilización de la contratación administrativa de servicios como alternativa a la contratación laboral temporal (para obra o servicio determinado) por las Administraciones públicas en CAVAS MARTÍNEZ, F., “La contratación administrativa de servicios como mecanismo de huida del Derecho del Trabajo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016, pp. 41-75. Asimismo, LÓPEZ ANIORTE, M^a.C., “Límites a la proliferación del trabajo atípico y en fraude de ley en la Administración Pública”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 411, 2017, pp. 37-39.

⁵ SST/IV de 19 abril 2012 (rcud. 2039/2011), 4 febrero 2013 (rcud. 4057\2011) o 2 octubre 2013 (rcud. 3263/2012).

las Administraciones y entidades públicas utilizar la colaboración social para atender necesidades ordinarias o permanentes⁶.

Por último, las Administraciones Públicas pueden recurrir a la contratación laboral temporal a través de una vía indirecta, contratando con empresas de trabajo temporal. Esta posibilidad estuvo prohibida, salvo contadas excepciones, en la antigua Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre, DA 5ª), hasta que la entrada en vigor de la Directiva 2008/104, de 19 de noviembre, sobre empresas de trabajo temporal, alteró sustancialmente los términos de la cuestión y forzó una modificación normativa, que se produjo por medio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, para permitir a las Administraciones públicas contratar a través de ETTs, quedando suprimidas todas las limitaciones o prohibiciones anteriormente existentes para la celebración de contratos de puesta a disposición en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/2007. El vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no aborda el tema. Por tanto, a partir del 1 de abril de 2011 -y según recoge la Disposición Adicional 14ª de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo de Temporal-, las limitaciones o prohibiciones solo serán válidas *“cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos”*, y en ningún caso podrán las ETTs contratar con las Administraciones Públicas *“la realización de tareas que, por una norma con rango de ley, están reservadas a los funcionarios públicos”*.

II.- LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

El artículo 55 TREBEP establece que, en el acceso al empleo público, se deberán respetar los principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito⁷, así como otros (publicidad, transparencia, imparcialidad...)⁸. Importa señalar que estos

⁶ El cambio de doctrina judicial se opera a partir de las SSTS/IV de 27 diciembre 2013, rcud. 217/2012, 2798/2012 y 3214/2012, y ha sido ratificada en sentencias posteriores: entre otras, SSTS/IV de 6 mayo 2014, rcud. 906/2013 y 11 junio 2014, rcud. 1772/2013.

⁷ En un Estado democrático de Derecho como el nuestro rige el principio de igualdad en el acceso al empleo público, con base en el art. 14 de la CE y más específicamente en los artículos 23.2 -*“Asimismo (los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”*- y 103.3 de la CE -*“La ley regulará...el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad...”*-.

⁸ Artículo 55 del TREBEP: *“1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su*

principios resultan exigibles a todos los sujetos que aspiran a ocupar un puesto de trabajo en la Administración Pública, cualquiera que sea el tipo de vinculación o contrato y su duración (funcionarios, estatutarios, laborales indefinidos, laborales temporales...)⁹; y serán de aplicación no solo para acceder a un empleo en las Administraciones Públicas propiamente dichas, sino también en otras entidades que forman parte del sector público sin ser Administración (DA 1ª TREBEP)¹⁰, como las entidades públicas empresariales¹¹. Por el contrario, la jurisprudencia ha entendido que, pese a formar parte del sector público¹², las sociedades mercantiles de titularidad pública, sujetas en su actuación al ordenamiento privado, no están obligadas a aplicar – por deseable que resulte- los principios constitucionales de acceso a la función pública, ni el personal laboral de estas sociedades anónimas está sometido a los dictados del TREBEP¹³.

personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección”.

⁹ Vid. sobre el tema ARROYO YANES, L.M., *El acceso al empleo público y la adquisición de la condición funcional: nuevas perspectivas para su regulación*, Barcelona, Atelier, 2015, en especial pp. 83-145.

¹⁰ DA 1ª del TREBEP: “Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”.

¹¹ El artículo 103.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, define las entidades públicas empresariales como aquellas “entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación”. El artículo 106 de dicha Ley establece que, salvo el personal directivo, el resto de personal de estas entidades se contratará “mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

¹² La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, incluye en el sector público institucional a las sociedades mercantiles públicas (arts. 2 y 111-117), si bien no establece para las mismas una previsión similar a la que en materia de contratación de personal dedica expresamente a las entidades públicas empresariales en su artículo 106. Asimismo, el art. 3.1.d) de Ley de Contratos del Sector Público (Texto Refundido aprobado por RD-Leg. 3/2011, de 14 noviembre), incluye como integrantes del sector público, a los efectos de esta ley, a las sociedades mercantiles cuyo capital social esté participado mayoritariamente por “entidades de las mencionadas en las letras a) a f)” del propio art. 3.1. En la jurisprudencia, caracterizando a estas sociedades como parte del sector público a efectos de aplicar en las mismas los ajustes retributivos contenidos en diversas normas presupuestarias, entre otras, SSTS/IV 4 julio 2014 (rco. 200/2013), 16 febrero 2015 (rcud. 695/2014); 16 febrero 2016 (rcud. 872/2014); 29 marzo 2016 (rcud. 2419/2014); 29 abril 2016 (rcud. 3343/2014) y 6 octubre 2016 (rcud. 269/2015). A favor de la aplicación de las exigencias constitucionales de mérito, capacidad e igualdad a la selección de personal en este tipo de sociedades se ha manifestado SALA FRANCO, T., “El acceso al empleo público laboral”, en ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M. (coords.), *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 23.

¹³ En este sentido, la STS/IV de 6 julio 2016 (rco. 618/2016), Ponente Sr. Sempere Navarro, pronunciándose sobre la ilegalidad del sistema de cobertura de vacantes acordado en el VI Convenio

En cuanto a los procesos o sistemas selectivos, los mismos pueden y deben ser más rigurosos para acceder a un empleo fijo que a otro temporal, si bien también para la contratación de temporales en el sector público deberán observarse las exigencias de igualdad, capacidad y mérito. El personal funcional y el laboral fijo participan de los procedimientos de acceso específicos del TREBEP. El artículo 61.6 TREBEP establece que los sistemas selectivos de los funcionarios de carrera “*serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos*”. Los mismos procedimientos se aplicarán para la contratación de personal laboral fijo (art. 61.7 TREBEP). En cuanto a la selección del personal funcionario o laboral temporal, el TREBEP, criticablemente, nada dice. Pese a ello, su contratación deberá respetar los principios rectores del artículo 55 TREBEP, aunque, por razones obvias, debe tratarse de procedimientos especialmente ágiles¹⁴. Está muy extendida la constitución de bolsas de empleo temporal a las que se accede previa superación de un proceso selectivo –examen, valoración de méritos- que debe ser convenientemente publicitado y transparente.

III.- LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LOS REMEDIOS FRENTE A SU DEFECTUOSA UTILIZACIÓN. LA ANOMALÍA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL INDEFINIDO NO FIJO.

1. La temporalidad en el empleo público: abusos más frecuentes

Junto con un elevado desempleo, otro de los problemas endémicos de nuestro mercado de trabajo es que registra una tasa de temporalidad que casi dobla la media de la Unión Europea¹⁵. Las explicaciones que vinculan este dato con las características de

Colectivo del Personal de la empresa TRAGSA. La sentencia afronta la resolución del litigio desde la formulación de los siguientes presupuestos: a) La empresa TRAGSA no es subsumible en un concepto amplio de "Administración" a la hora de definir las normas que presiden el acceso a sus empleos; b) TRAGSA no es una entidad pública empresarial, sino una sociedad mercantil estatal; c) La "contratación" que ha de sujetarse a normas propias del sector público no es la de personal asalariado sino la de obras o servicios; d) Las normas del EBEP son inaplicables a las sociedades mercantiles de titularidad pública; e) Salvo en temas patrimoniales y relacionados con ellos, a esta mercantil se le aplican las mismas normas que a cualquier otra; f) Doctrina constitucional y de la propia Sala Cuarta conducen a la misma conclusión: no cabe extender a TRAGSA las normas sobre empleado público.

¹⁴ SALA FRANCO, T., "El acceso al empleo público laboral", *cit.*, p. 28.

¹⁵ Según la Encuesta de Población Activa correspondiente al cuarto trimestre de 2016, la tasa de temporalidad se sitúa en el 26,5%, cifra solo superada en la UE por Polonia. El porcentaje de contratos de

nuestro tejido productivo son insuficientes y solo sirven para identificar parcialmente las causas de este grave problema. En realidad, existen pocas dudas acerca de que el principal causante de una tasa de temporalidad tan elevada no es otro que el abuso en la utilización de la contratación por tiempo determinado, esto es, el recurso fraudulento (sin causa objetiva) a las modalidades de contratación temporal para cubrir puestos de trabajo estructurales y permanentes de las organizaciones productivas.

Pero el exceso de temporalidad no es en modo alguno un problema exclusivo del sector privado. Aunque la especial sujeción a la Ley y al Derecho que debe presidir la actuación de las Administraciones Públicas por expreso mandato constitucional (art. 103.1 CE) podría llevar a pensar que el sector público es el refugio del empleo estable, al ser la estabilidad en el empleo la regla general que recoge nuestro ordenamiento jurídico en materia de personal tanto laboral como estatutario y/o funcionarial, la realidad es muy distinta. En el sector público la temporalidad del empleo constituye también un grave problema¹⁶, alcanzando cotas similares a las del sector privado.

Es cierto que al tener que jugar en los años de la crisis económica (y de la poscrisis) con tasas de reposición de efectivos condicionadas por ineludibles exigencias de la política de consolidación fiscal, el efecto “embalsamiento” de empleo temporal en las Administraciones Públicas se ha agudizado¹⁷; y así, nos encontramos con la paradoja de que muchos empleos estructurales, que resultan imprescindibles para la prestación en condiciones adecuadas de los servicios públicos (sanidad, educación, justicia...), están siendo desempeñados por personal temporal sin que, por mor de las restricciones presupuestarias, las Administraciones hayan podido activar los procesos selectivos para su cobertura de manera estable por funcionario de carrera o personal laboral fijo, con lo que laborales y estatutarios temporales y funcionarios interinos (a los que se ha tenido que seguir recurriendo durante la crisis para garantizar el funcionamiento de servicios públicos esenciales) se mantienen en sus puestos por una duración a todas luces

una semana de duración o inferior es del 25,7% y la duración medida de los contratos temporales de solo 50,6 días. De cada diez contratos nuevos que se firman en España, solo uno es indefinido. En el pasado la tasa de temporalidad superó el 30%, y si ha disminuido se debe en gran parte a la crisis económica que ha supuesto la no renovación de muchos contratos temporales.

¹⁶ Como se constata en el Acuerdo para la Mejora del Empleo Público suscrito el 29 de marzo de 2017 entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y las organizaciones sindicales CC.OO, UGT y CSIF, que incluye medidas para reducir la tasa de empleo temporal en las Administraciones Públicas, de modo que la misma se mantenga por debajo del 8%. Al respecto, como informes de referencia, pueden consultarse, pues no han perdido vigencia a pesar del tiempo transcurrido: CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *La temporalidad en el empleo del sector público*, Madrid, CES, 2005; DEFENSOR DEL PUEBLO, *Funcionarios interinos y personal eventual. La provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2004.

¹⁷ Cfr. LÓPEZ ANIORTE, M^o.C., “Límites a la proliferación...”, *cit.*, p. 27.

excesiva (dando lugar a la denominación de “interinos estables” o de “larga duración”, en expresión acuñada por la propia jurisprudencia).

Ahora bien, sin perjuicio del impacto de la crisis económica en la política de provisión de efectivos en las Administraciones Públicas, no cabe desconocer que en este sector se cometen a diario y desde tiempo atrás los mismos o incluso más abusos que en el sector privado a la hora de contratar temporalmente. De esas irregularidades, unas poseen carácter menor o accesorio (errores en la identificación de la modalidad contractual elegida –contrato para obra o servicio determinado por interinidad-, demoras breves en la comunicación de extinción del contrato por cumplimiento del término o condición resolutoria, vacantes que no se identifican numéricamente pero que se pueden identificar por otros medios...), habiendo considerado la jurisprudencia que en estos supuestos no se ve afectada la naturaleza temporal del contrato, si viene respaldado por una causa objetiva de temporalidad, y que los errores advertidos deben salvarse aplicando la regulación que proceda en cada caso¹⁸. Por el contrario, otras anomalías o irregularidades sí revisten carácter grave (fraude de ley -que puede producirse en un solo contrato o mediante el encadenamiento de contratos temporales sin causa de temporalidad que los justifique-, omisión de la forma escrita, superación de la duración máxima permitida legalmente...) y, conforme a lo establecido en los artículos 8, 15 y 49 del Estatuto de los Trabajadores, provocan la conversión de la relación laboral en indefinida (que es tanto como decir fija), a menos que, en determinados casos, pueda probarse por parte del empleador el carácter temporal de los servicios. Sin embargo, como ya hemos señalado y se volverá a insistir más adelante, la situación de los temporales en la Administración se agrava por el hecho de que los mecanismos clásicos de sanción al empresario incumplidor derivados de los defectos en la contratación temporal no son plenamente aplicables en la Administración Pública como consecuencia de los principios de igualdad, capacidad y mérito, lo que ha derivado en la construcción de figuras de configuración compleja como el indefinido no fijo¹⁹. Por tanto, la comisión de irregularidades en la contratación temporal por las Administraciones Públicas no pueden determinar la adquisición de fijeza como sí ocurre en el sector privado, pues ello supondría la vulneración de normas con relevancia

¹⁸ SSTs/IV de 2 noviembre 1994 (rcud. 368/1994), 15 febrero 1995 (rcud. 1672/1994), 4 noviembre 1996 (rcud. 624/1996) y 8 abril 2009 (rcud. 788/2008), entre muchas.

¹⁹ BALLESTER PASTOR, M.A., “Novedades y rémoras de la contratación temporal en la Administración Pública”, *Revista de Derecho Social*, núm. 72, 2016, p. 13.

constitucional que garantizan los principios de libre concurrencia, igualdad, capacidad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público.

Las irregularidades se producen en la formalización de cualquiera de las modalidades de contratación laboral temporal, pero especialmente en los contratos para obra o servicio determinado y en los eventuales por circunstancias de la producción. Pero las Administraciones públicas no solo comenten excesos al seleccionar y contratar personal laboral temporal; las irregularidades también son frecuentes en la esfera funcional y/o administrativa del empleo público. Así lo ha puesto de relieve, para sonrojo de los gestores públicos españoles, el Tribunal de Justicia Europeo en dos de sus ya famosas sentencias de 14 de septiembre de 2016 (C-16/15, Sra. Pérez López v. Servicio Madrileño de Salud, respecto a los sucesivos nombramientos del personal estatutario temporal en el ámbito sanitario público; C-184/15 y C-197-15 acumulados, Sra. Martínez Andrés v. Servicio Vasco de Salud y Sr. Castrejana López v. Ayuntamiento Vitoria-Gasteiz, referida la protección jurídica frente a la utilización abusiva de los contratos o relaciones de servicio de duración determinada en el ámbito de las Administraciones públicas), donde califica como contraria a la Directiva 1999/70/CE la política de gestión de recursos humanos seguida en el sector sanitario (pero predicable de todo el sector público) caracterizada por el uso reiterado de contrataciones y nombramientos eventuales o interinos durante largos años para cubrir necesidades permanentes y estructurales, dilatando en el tiempo la creación de plazas estables y la convocatoria de los correspondientes concursos u oposiciones de acceso (si es que llegan a convocarse).

2. El indefinido no fijo como solución imperfecta a la contratación temporal irregular en las Administraciones Públicas.

2.1. Caracterización de la figura

La regulación laboral sobre adquisición de fijeza por defectos en la contratación laboral [arts. 8, 15 y 49.1.c) ET] choca frontalmente con otro grupo normativo, la regulación constitucional y administrativa sobre reclutamiento de los empleados públicos, que se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103 CE, arts. 9.2, 11.2, 55, 70 y demás concordantes del TREBEP), y exige la superación del correspondiente proceso selectivo basado en estos principios para conseguir un puesto estable en las Administraciones Públicas. Para salvar esta tensión entre el

sometimiento a la legalidad laboral y los principios que inexcusablemente deben observarse en el acceso a la función pública y a un empleo público en general, la jurisprudencia optó por crear la figura del trabajador *indefinido no fijo*²⁰, de modo que para el personal laboral temporal contratado irregularmente y/o en fraude de ley en la Administración Pública no rige la consecuencia de atribución de fijeza en el puesto de trabajo que el trabajador viniera desempeñando, sino únicamente su consideración como contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que la misma se cubra por el procedimiento legal o reglamentariamente previsto.

La categoría del trabajador indefinido no fijo de plantilla, que como bien aprecia la doctrina representa una contundente *contradictio in terminis*²¹, es una construcción jurisprudencial que hunde sus raíces en la STS/IV de 7 octubre 1996 (rcud. 3307/1995), Ponente Sr. Martín Valverde, en la que, rebajando la contundencia con que se reconocía la fijeza laboral en precedentes pronunciamientos que aplicaban sin excepciones toda la legislación laboral en las Administraciones Públicas²², la Sala Cuarta vino a decir que “*la contratación en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores*

²⁰ La figura del trabajador indefinido no fijo ha sido profusamente estudiada por la doctrina. Pueden consultarse, entre otros, los trabajos de GOERLICH PESSSET, J.Mª. Y J. VEGA LÓPEZ, J.Mª., “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1999, págs. 14 y ss.; ROMERO BUSTILLO, A.M., “El trabajador indefinido no fijo de plantilla: una nueva solución a la contratación temporal irregular de la administración pública”, en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, vol. 1, 2001, págs. 353-377; BOLTANA BOSCH, M., “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública”, *Aranzadi Social*, núm. 5 (2002), págs. 529-552; MOLERO MARAÑÓN, Mª.L., “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido”, *Relaciones Laborales*, núm. 1 (2004), págs. 32 y ss.; VALVERDE ASENSIO, J.A., “La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública”, *Temas Laborales*, núm. 86, 2006; SELMA PENALVA, A., “[El trabajador "indefinido no fijo" en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura](#)”, *Relaciones Laborales*, núm. 11 (2014), págs. 75-103; RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.R., “Indefinido no fijo, régimen jurídico y extinción del contrato”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 391 (2015), págs. 165-194; ARUFE VARELA, A., “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 40, 2015; VALLECILLO GÁMEZ, Mª.R., “El personal indefinido no fijo y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 404 (2016), págs. 15-39.

²¹ En palabras de SELMA PENALVA, A., “El trabajador “indefinido no fijo”...”, *cit.*, p. 78.

²² SSTS/IV de 18 marzo 1991 (RJ 1991, 822), 31 enero 1992 (RJ 1992, 142) o 3 noviembre 1993 (RJ 1993, 8539). Consecuencia de esta doctrina fue el aparcamiento definitivo de la postura jurisprudencial que, buscando armonizar los principios constitucionales sobre acceso a la función pública con los derechos del trabajador despedido, admitía la existencia de despidos nulos e improcedentes en el ámbito de la Administraciones Públicas, pero sustituyendo el carácter forzoso (nulidad) u opcional (improcedencia) de la readmisión por el abono de la indemnización propia del despido improcedente. En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS/IV de 27 julio 1992 (RJ 1992, 5663) y 30 marzo 1993 (RJ 1993, 1653),

fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido". Ahora bien, lo que esta doctrina, aplicada en muchas sentencias posteriores²³, no aclaraba eran las consecuencias de la diferencia entre el reconocimiento como trabajador fijo de plantilla y como trabajador indefinido en las Administraciones Públicas. Dicha aclaración, confirmando la categoría del trabajador indefinido no fijo, correrá a cargo de dos Sentencias del Pleno de la Sala Cuarta, de 20 y 21 enero 1998 (rcud. 317/1997 y rcud. 315/1997), con votos particulares, de las que fue ponente el Magistrado Desdentado Bonete. En ellas se afirma lo siguiente:

1ª) En cuanto a la justificación de la distinción apuntada, la adquisición de fijeza a partir de una irregular contratación temporal supondría vulnerar las normas de derecho necesario sobre limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público.

2ª) En cuanto a las consecuencias jurídicas de la caracterización como trabajador indefinido sin llegar a ser fijo de plantilla, se afirma que el primero *"implica desde una perspectiva temporal que el vínculo no está sometido, directa o indirectamente, a un término"*, pero *"esto no supone que el trabajador convalide una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas"*. Se trae a colación a este propósito el Auto del TC 858/1988, de 4 de julio, sosteniendo que *"es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (artículos 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración"*. De esta forma, la Administración afectada *"no puede consolidar la fijeza con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias"*

²³ Entre otras, SSTS/IV de 10 y 30 diciembre 1996, 14 marzo 1997 y 24 de abril 1997.

para la provisión regular del mismo, y producida esa provisión en la forma reglamentaria procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”. De este modo, se venía a reconocer la existencia de una condición resolutoria implícita del art. 49.1.b) ET en el contrato indefinido no fijo (la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario), cuyo cumplimiento determinaba la extinción del contrato. Años más tarde, la Sala Cuarta modificará su construcción para sostener que tanto el contrato de interinidad por vacante como el indefinido no fijo en las Administraciones públicas son contratos sometidos, no a condición resolutoria, sino a un término “indeterminado”²⁴, pero sin que, en el caso del indefinido no fijo, la indefinición temporal equivalga a temporalidad pura. Recientemente, la misma Sala ha venido a reforzar la identidad del contrato indefinido no fijo señalando que es diferente del contrato temporal y del fijo²⁵.

Las sentencias de 20 y 21 de enero de 1998 incluyeron sendos votos particulares²⁶ defendiendo la equiparación tradicional en nuestro Derecho del Trabajo, tanto legal como de creación jurisprudencial, entre los conceptos de “*trabajador fijo*” o “*fijo de plantilla*” y “*trabajador por tiempo indefinido*”, como términos sinónimos o intercambiables, ontológicamente identificadores de una misma realidad jurídica: la constitución de un vínculo laboral con vocación de estabilidad o permanencia en la empresa.

La construcción sobre el contrato indefinido no fijo surgió, por tanto, para dar respuesta al problema de la contratación temporal irregular en el ámbito de las Administraciones Públicas, con el fin de impedir que trabajadores contratados temporalmente –en muchos casos sin superación de un proceso selectivo mínimamente garantista del derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a un empleo en el sector público- pudieran consolidar una plaza de personal fijo en la Administración. Su principal efecto es que se reconoce la existencia de un contrato laboral indefinido, pero el trabajador no consolida –como sí ocurriría en el sector privado- la condición de fijo de plantilla pese al fraude de ley, sino que la Administración tiene la obligación de tramitar el correspondiente procedimiento selectivo o de provisión de puestos o promoción interna que corresponda para ocupar definitivamente el puesto de trabajo, tras lo cual se extinguirá el vínculo del trabajador

²⁴ STS/IV de 24 junio 2014, rcud. 217/2013.

²⁵ STS/IV de 28 marzo 2017, rcud. 1664/2015.

²⁶El voto lo formula el Magistrado Sr. Gil Suárez; se adhieren a él los magistrados Sres. Fernández López, Salinas Molina, Campos Alonso, Bris Montes y Martínez Garrido.

indefinido no fijo (salvo que sea este trabajador el que supere el proceso selectivo). La estabilidad que se garantiza al trabajador indefinido no fijo es, por tanto, solo relativa, pues en ningún caso se le permite acceder por la “*puerta de atrás*” a un empleo fijo en la Administración. Como ha puesto de relieve la doctrina, muchas veces la contratación irregular (laboral o administrativa) llevada a cabo en el seno de una entidad pública, recurriendo a falsos autónomos y falsos temporales, está destinada a privilegiar a personas que mantienen cercanía personal, profesional o política con el equipo de gobierno de la citada entidad, premiándoles de este modo con la adquisición *ad personam* de un puesto de trabajo, sin superación de proceso selectivo alguno que pudiese perjudicar su contratación²⁷, y que en muchos casos desemboca en una posterior funcionarización o fijeza laboral porque la configuración de perfiles profesionales *ad hoc* y la valoración en la fase de concurso del tiempo que se han venido desempeñando las funciones prácticamente garantiza la obtención de la plaza por el candidato predeterminado²⁸.

Pero siendo cierto que el fraude de ley en la contratación temporal es la causa que mayoritariamente convierte en indefinido no fijo el contrato que formalmente se suscribe como temporal, bien porque la duración determinada del contrato no está basada efectivamente en causas que la podrían justificar, bien porque se produce una utilización abusiva de sucesivos contratos a término, en las Administraciones Públicas, y más ampliamente en el sector público, es posible alcanzar la condición de trabajador indefinido no fijo por otras vías. Las mismas reproducen situaciones (no todas ilegales) en las que el juego de los principios de mérito, capacidad e igualdad en el acceso al empleo público imposibilita atribuir directamente al trabajador el estatuto de fijeza y a lo sumo le permiten mantenerse en el puesto de trabajo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza o su eventual amortización.

a) Así ocurre, en primer término, cuando el contrato temporal se celebra dentro de la legalidad pero supera la duración máxima permitida para cada modalidad [salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación ex. art. 49.1.c)

²⁷ MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R., “Precariedad laboral en las Administraciones Públicas: principales manifestaciones de temporalidad y contratación irregular”, *Trabajo y Derecho*, núm. 5, 2015, La LEY 3344/2015, p. 10/25 del documento electrónico.

²⁸ Para evitarlo, el art. 34 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la función pública en la Junta de Andalucía establece que: “La prestación de servicios laborales no puede ser considerada como mérito único para la adquisición de la condición de funcionario ni, tratándose de un contrato temporal, para la adquisición de la condición de personal laboral de carácter indefinido, sin perjuicio en ambos casos de su posible reconocimiento y valoración en el correspondiente sistema selectivo”.

ET], o cuando se encadenen dos o más contratos temporales, con o sin solución de continuidad, durante un plazo superior a 24 meses dentro de un período de referencia de treinta meses, siempre que, como señala el artículo 15.5 ET, no se trate de contratos formativos, de relevo e interinidad o contratos celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación o de empresas de inserción. En estos casos, la condición de indefinido no fijo en las Administraciones públicas se adquiere de forma sobrevenida pero ha de entenderse que sus efectos se retrotraen a la fecha inicial de la contratación.

b) Cuando se producen supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme al artículo 44 ET, particularmente en los casos de reversión de servicios públicos que previamente habían sido externalizados y que últimamente, como consecuencia de la crisis y del cambio político, están siendo rescatados por las Administraciones –sobre todo locales- para su gestión directa²⁹. Será entonces importante determinar las condiciones en que se integrarán los trabajadores en la Administración, por ejemplo, en el caso de que ya fueran trabajadores permanentes de la contratista (no si poseen un vínculo temporal con ella, que normalmente se extinguirá con la contrata). Por el juego de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, dicha integración, bien tenga lugar en una Administración *stricto sensu* o en un ente público empresarial, se hará con el estatus de trabajador indefinido no fijo de plantilla, al no poder consolidar los trabajadores transferidos desde el sector privado la condición de fijeza en el ámbito público sin superar previamente los procedimientos reglados de selección; ello sin perjuicio de que la concreción de esos principios en el sector público empresarial pueda tener en cuenta también otros criterios tales como la celeridad y la agilidad en la selección, sin que ello suponga arbitrariedad o desconocimiento de los principios que el TREBEP aplica también a estas empresas³⁰. En cuanto a la integración por subrogación de la Administración en el personal procedente de un ente público empresarial extinto, los trabajadores se incorporarán a la Administración con el mismo carácter que tuvieron en la entidad amortizada.

²⁹ Sobre este fenómeno de ida y vuelta de la externalización o privatización a la interiorización de los servicios públicos que se viene observando en los últimos años, al que se ha caracterizado como “remunicipalización” por afectar fundamentalmente a servicios gestionados por entidades locales, cfr. REVILLA ESTEVE, E., “Problemas actuales del régimen de personal en contratas de obras y servicios de las Administraciones Públicas”, en *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016, pp. 87-96; y ALFONSO MELLADO, C.L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (Atención especial a las Entidades Locales y a las sociedades mercantiles de capital público)”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 73, 2016, pp. 25-44.

³⁰ DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M., “La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016, pp. 106-107.

c) En tercer lugar, en los casos en que se aprecie cesión ilegal de trabajadores y por aplicación del artículo 43 ET se produzca la incorporación de los mismos en una Administración o empresa pública, integración que se producirá con la condición de indefinidos no fijos³¹.

d) En cuarto lugar, los supuestos ya mencionados de concertación de contratos administrativos de servicios en fraude de ley con personas físicas o sociedades unipersonales³² y la utilización de perceptores de prestaciones por desempleo para la realización de trabajos temporales de colaboración social, cuando dichas figuras no respeten la normativa aplicable y camuflen una genuina relación laboral.

e) En quinto y último lugar, puede señalarse también un supuesto específico de conversión de contrato temporal en indefinido no fijo a consecuencia de una reciente doctrina jurisprudencial que altera la naturaleza jurídica del contrato de interinidad por vacante por falta de provisión de la vacante interinada en el plazo máximo de tres años que establece el artículo 70 TREBEP³³. Esta doctrina rectifica el criterio que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo mantuviera con un marco normativo distinto - aún no se había promulgado el EBEP de 2007- donde vino a considerar que la relación interina no se convertía en fija por el hecho de que la plaza vacante no fuese incluida en la oferta pública de empleo y no se iniciase el proceso de selección, o porque la convocatoria o resolución del concurso se efectuase con retraso³⁴, o por haberse superado el plazo máximo previsto en las normas para la duración del contrato³⁵, calificando estas irregularidades como meros incumplimientos por las Administraciones Públicas de sus deberes legales.

Son, como vemos, numerosas y variadas las situaciones que pueden desembocar en la declaración de existencia una relación laboral indefinida no fija con la Administración. Una anomalía que por el elevado coste que comporta para las Administraciones públicas (creación de plazas, abono de indemnizaciones por despido improcedente...) justifica que el legislador haya pretendido ponerle coto, contemplando

³¹ SSTS/IV de 19 junio 2002 (rcud. 3846/2001), 19 septiembre 2002 (rcud. 3047/2001), 19 noviembre 2002 (rcud. 909/2002), 8 abril 2009 (rcud. 61/2008) y 28 abril 2009 (rcud. 66/2008).

³² El artículo 301 del TLCSP establece en su apartado 4: “A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”.

³³ SSTS/IV de 14 (2) y 15 julio 2014, rcud. 1807/2013, 1843/2013 y 1833/2013, respectivamente; 10 octubre 2014, rcud. 723/2013 y 14 octubre 2014, rcud. 711/2013.

³⁴ SSTS/IV de 12 junio 1996 (rcud. 3216/1995), 3 marzo 1997 (rcud. 1978/1996) y 22 octubre 1997 (rcud. 3765/1996), entre otras.

³⁵ SSTS/IV de 23 marzo 1999 (rcud. 1729/98) y 11 diciembre 2002 (rcud. 901/2002), para el personal no funcionario interino de establecimientos militares.

incluso responsabilidades disciplinarias para los gestores públicos cuyas decisiones, no ajustadas a derecho, sean determinantes para el reconocimiento de una relación de servicios indefinida no fija en el ámbito del que son responsables³⁶.

Con relación a su ámbito de aplicación, el indefinido no fijo es una figura que se aplica no solo en el ámbito estricto de las Administraciones Públicas sino, extensivamente, en todas las entidades públicas en las que el acceso se rige por los criterios de capacidad, igualdad y mérito. En cambio, se ha entendido que no existe obstáculo para que las irregularidades en la contratación temporal determinen la adquisición de fijeza laboral en las sociedades mercantiles de titularidad mayoritariamente pública³⁷. Así lo ha apreciado la jurisprudencia, para la que la condición de indefinido no fijo se pierde y el trabajador pasa a ser indefinido ordinario o fijo cuando la empleadora cambia de naturaleza y, tras segregarse del ente público empresarial (AENA), pasa a convertirse en sociedad anónima estatal (Aena Aeropuertos, S.A)³⁸, cuyo personal laboral no está sometido a las prescripciones del EBEP³⁹.

³⁶ El legislador intenta poner freno a una situación cada vez más extendida. Muestra de ello es la disposición adicional primera del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que estableció que los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del TRLCSP tenían que dictar, en sus respectivos ámbitos de competencias, las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de forma que quedara aclarada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que se pudieran considerar como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.

Por su parte, la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, en su disposición adicional trigésima cuarta, aborda esta situación desde la perspectiva de regular la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral, de modo que dispone en materia de contratación laboral que *“Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo”*. Y yendo más allá dispone que dichas irregularidades *“darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”*.

³⁷ Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L., *“La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (Atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)”*, cit., p. 40.

³⁸ La sociedad *“Aena Aeropuertos, S.A.”* recuperó su denominación tradicional, Aena SA, por mor del Real Decreto Ley 8/2014, de 5 de julio, al tomar el ente público empresarial AENA la denominación de ENAIRE.

³⁹ SST/IV de 18 (2) septiembre 2014, rcud. 2320/2013 y rcud. 2323/2013, razonando la Sala que: *“La justificación de la figura del trabajador “indefinido no fijo” se halla, como se pone de relieve en la sentencia recurrida y resulta ampliamente conocido y reiterado en la doctrina judicial, en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública; elemento justificativo que desaparece por completo en el ámbito de las relaciones entre privados”*.

En cuanto al título constitutivo de la calificación como indefinido no fijo en la Administración, con carácter general la misma se produce en sentencia judicial, ya sea en el marco de un proceso declarativo –para el que se tendría un interés concreto, real y actual⁴⁰ - o como consecuencia de una acción por despido frente a la ruptura del vínculo por decisión de la Administración, extinción que puede ser calificada como despido improcedente (correspondiendo a la Administración o entidad condenada la opción entre indemnizar al trabajador o readmitirlo como indefinido no fijo con abono de salarios de trámite) o nulo (readmisión obligatoria con liquidación de salarios de trámite en casos de amortización de la plaza sin haber seguido el procedimiento de despido colectivo que resultase aplicable o acordada por órgano no competente, de vulneración de derechos fundamentales incluida la garantía de indemnidad, situaciones de protección objetiva contempladas en el artículo 55 ET). No cabe la concertación inicial de esta categoría contractual por un ente público (salvo el supuesto no patológico previsto en el art. 8 TREBEP pensando en el profesorado de religión), pues sería absurdo que la Administración reconociese *ab origine* la irregularidad por ella cometida al contratar laboralmente, y no resulta pacífico doctrinalmente si cabe la transformación automática en la citada categoría por mera manifestación o reconocimiento *ex post* de la entidad contratante sin contar con una resolución judicial al respecto⁴¹; si bien esta duda la ha disipado recientemente la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, que en su disposición adicional 34ª establece que “*los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial*”. Está descartado de todo punto que la Administración pueda atribuir directamente a un trabajador la condición de fijo o indefinido ordinario, sin superación del proceso reglamentario de selección. A este respecto, la jurisprudencia ha precisado que no se puede invocar el principio constitucional de igualdad para obtener la condición de fijos por parte de trabajadores

⁴⁰ STS/IV de 26 abril 2010 (RJ 2010, 4865).

⁴¹ En contra de esta posibilidad se ha pronunciado MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “Precariedad en las Administraciones Públicas...”, *cit.*, p. 10/25. La admite con matices DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., “La prestación de servicios públicos por las administraciones...”, *cit.*, p. 111, para quien cabría el reconocimiento unilateral de tal condición por parte de la Administración empleadora, como fórmula que contribuiría a reducir un exceso de judicialización, pero siempre que no suponga una vía de consolidación de trabajadores al margen de los principios que regulan el acceso al empleo público.

temporales cuyos contratos de trabajo con la Administración son irregulares, ni aún en el caso –ciertamente anómalo- de que la Administración haya actuado en otras ocasiones otorgando el reclamado estatuto de fijeza, pues el acceso al empleo público está sometido a unos principios (mérito, capacidad, igualdad, publicidad) que no pueden ser obviados⁴².

La citada Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, contiene en su disposición adicional vigésima sexta previsiones para limitar la incorporación de personal laboral a las Administraciones Públicas, que revisten carácter de norma básica y vigencia indefinida. Se establece que las Administraciones Públicas del artículo 2 del TREBEP no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) A los trabajadores de las contratistas de concesiones de obras o servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Pública, cuando se extingan por su cumplimiento, resolución o rescate, o cuando se decrete la intervención del servicio conforme a la ley de contratos del sector público; b) Al personal laboral de las sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública. Todo ello, añade la norma, sin perjuicio de que a este personal se apliquen las previsiones sobre sucesión de empresa contenidas en la normativa laboral. En consecuencia, estos trabajadores pasarán a depender de la Administración o entidad pública en la que se integren, pero sin la condición de empleados públicos, toda vez que para ello precisan superar antes un proceso de selección basado en los principios de capacidad, mérito e igualdad, con arreglo al artículo 55 TREBEP. Lo cual no impide que estos empleados, de tener la condición de fijos en su anterior empresa, pasen a ser caracterizados como indefinidos no fijos de la respectiva Administración o entidad a la que se incorporan, de acuerdo con la jurisprudencia, categoría que no cabe confundir con el “indefinido” al que aluden los artículos 8 y 11 del EBEP⁴³.

⁴² SSTs/IV de 14 diciembre 2009 (rcud. 1654/2009) y 10 marzo 2010 (rcud. 2305/2009).

⁴³ Esta categoría no debe confundirse con el personal por tiempo indefinido –sin el añadido de “no fijo”- al que hoy se refieren, sin precisar su régimen jurídico, los artículos 8 y 11 TREBEP. Como explica la STS/IV de 22 julio 2013, rcud. 1380/2012, la categoría del indefinido no fijo se introdujo durante la tramitación parlamentaria del EBEP de 2007, no para dar carta de naturaleza al contrato temporal irregularmente celebrado que se transforma en indefinido no fijo, sino con la finalidad de que el profesorado de religión también estuviera comprendido en el EBEP, ya que estos profesores, según su regulación específica (disposición adicional 3ª de la Ley Orgánica 2/2006 y artículos 3, 4 y 6 del Real Decreto 696/2007) no son temporales, pero tampoco fijos, toda vez que la propuesta de la jerarquía

2.2. Condiciones laborales del personal indefinido no fijo

Más allá de su caracterización como una figura a medio camino entre el contrato fijo y el temporal (*tertium genus*), dotado de estabilidad pero no de fijeza *sine die*, y de las consideraciones que a propósito de su extinción por cobertura reglamentaria o por amortización de la plaza ha realizado la jurisprudencia (sobre las que se volverá más adelante), la categoría del indefinido no fijo adolece en nuestro ordenamiento de un régimen jurídico claro y preciso. Ni el TREBEP –que diferencia el personal fijo del indefinido–, ni la legislación funcionarial como tampoco la laboral han reglado los elementos esenciales de esta figura; los trabajadores indefinidos mantienen así en la Administración una posición jurídicamente precaria, arrastrando una situación existencialmente conflictiva que los aboca irremediabilmente a la judicialización⁴⁴. Urge por ello un cambio normativo que colme dicha laguna y dote a este personal de un estatuto jurídico-laboral completo que acabe con tanta inseguridad jurídica.

Hasta que eso ocurra, parece sensato defender la asimilación en derechos y condiciones del personal indefinido no fijo con el personal fijo de plantilla en las Administraciones públicas, máxime considerando que el artículo 15 ET ya ha establecido dicha asimilación y la prohibición de trato discriminatorio respecto del personal temporal⁴⁵; pero habrá que dejar a salvo las particularidades específicas en materia de extinción que inciden en esta figura contractual y aquellos otros aspectos en los que concurra una justificación objetiva del trato diferencial respecto de los trabajadores fijos.

A este respecto, uno de los principales problemas del indefinido no fijo es que su reconocimiento judicial no impone la obligación de que la plaza sea sacada a concurso inmediatamente. Aunque la jurisprudencia ha precisado que la Administración está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del puesto de trabajo

eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 del Estatuto Básico del Empleado Público (que es la única forma de acceder a una plaza laboral fija en la Administración). Sin embargo, mayoritariamente se ha venido entendiendo que el personal indefinido al que se refiere el EBEP no es otro que el indefinido no fijo creado por la jurisprudencia, y así lo certificado recientemente la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia del Pleno de 28 de marzo de 2017, rcud. 1664/2015, cuando afirma que 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 distinguidos entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal*”.

⁴⁴ TREVIÑO PASCUAL, M., “La figura del indefinido no fijo y su extensión a los funcionarios interinos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 409, abril 2017, p. 81.

⁴⁵ RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I., “Indefinido no fijo, régimen jurídico y extinción del contrato”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 391, 2015, p. 170.

ocupado por el indefinido no fijo de acuerdo con los procedimientos reglamentarios de selección, en muchos casos el indefinido no fijo termina ocupando una plaza “espectral”, que ni consta en la RPT ni en la oferta de empleo público y que puede pervivir durante mucho tiempo. Dicha declaración judicial conduce en el mejor de los casos a compromisos administrativos puntuales (convocatoria de plazas, adscripción de indefinidos a plazas vacantes, alteración de relación de puestos de trabajo para incluir al indefinido no fijo...) y otras sencillamente mantiene en la indefinición a este colectivo⁴⁶. No existe para los indefinidos no fijos la obligación que el TREBEP (art. 10.4) impone a la Administración de incluir las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos en la OPE correspondiente al ejercicio de su nombramiento o, de no ser posible, en la del siguiente ejercicio, a no ser que se acuerde su amortización.

Por otro lado, en relación con el contenido de la relación, la jurisprudencia ha reconocido el derecho al complemento de antigüedad de los indefinidos no fijos, en similares términos que a los fijos⁴⁷. En otros casos, sin embargo, les ha aplicado similar regulación que a los temporales, negándoles, por ejemplo, el derecho a excedencia voluntaria, ésta se caracteriza por otorgar al trabajador únicamente un derecho preferente de reingreso en las vacantes de igual o similar categoría, y este derecho no puede concederse al indefinido no fijo porque su relación se halla vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa⁴⁸. Esta jurisprudencia ha dado lugar a una doctrina de suplicación disidente⁴⁹, que reconoce el derecho a la excedencia voluntaria al indefinido no fijo aplicando la doctrina del TC que tiene reconocido el derecho a excedencia voluntaria a los funcionarios interinos⁵⁰. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha entendido asimismo que el indefinido no fijo no puede participar en un concurso de traslado, alegando que ello no solo sería contrario a la delimitación jurisprudencial de esta categoría, sino a los preceptos legales y constitucionales que regulan el acceso al empleo público sea funcional o laboral⁵¹. Esta doctrina es discutible, pues no se ve inconveniente en admitir que el indefinido no fijo pueda participar en este tipo de concursos, conservando dicha condición en el nuevo destino y sin que el traslado transmute su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno Derecho.

⁴⁶ BALLESTER PASTOR, M^a. A., “Novedades y rémoras...”, *cit.*, p. 33.

⁴⁷ SSTs/IV de 4 mayo 2009, rcud. 1631/2008 y 8 de julio de 2009, rcud. 2632/2008.

⁴⁸ SSTs/IV de 29 noviembre 2005, rcud. 3796/2004 y 3 mayo 2006, rcud. 1819/2005.

⁴⁹ STSJ Cataluña de 9 abril 2010, suplicación 1547/2009.

⁵⁰ STC 240/1999, de 20 de diciembre.

⁵¹ STS/IV de 3 mayo 2006, rcud. 1819/2005.

En el supuesto que la relación indefinida surja como consecuencia de una cesión ilegal a la Administración o a una entidad pública empresarial, habiendo optado el trabajador por integrarse voluntariamente en ésta, si la Administración tiene fijada para su categoría un salario inferior al que efectivamente venía percibiendo en la empresa cedente no podrá exigir que se le mantenga dicha retribución superior⁵².

Otra cuestión de interés surge cuando se pone en conexión la figura del indefinido no fijo con la extinción indemnizada que pudiera acontecer en caso de improcedencia del despido. Cuando se declara la improcedencia del despido, y a menos que se trate de un representante de los trabajadores, a la Administración corresponde optar entre, de un lado, la readmisión del trabajador en concepto de indefinido no fijo con abono de los salarios de trámite devengados o, de otro lado, la extinción indemnizada en la cuantía establecida para el despido improcedente (art. 56 ET). La obligación de readmitir únicamente surge para la Administración cuando se trata del despido improcedente de un trabajador fijo que ha sido despedido como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave (art. 96.2 TREBEP), norma que posee carácter de derecho necesario absoluto. Aunque hace algunos años se planteó una cuestión de inconstitucionalidad contra esta regulación por reservar la estabilidad real a los trabajadores fijos, pero el Tribunal Constitucional no la admitió a trámite⁵³. Por tanto, en caso de despido improcedente no disciplinario de un trabajador fijo, o de declaración de improcedencia de cualquier clase de despido en otro tipo de personal (indefinido o temporal), la Administración Pública conserva la misma facultad de opción que una empresa privada. No obstante, y por tratarse en este caso de una previsión de derecho necesario relativo, varios convenios colectivos, habitualmente referidos a empresas públicas, transfieren el derecho de opción que originariamente corresponde a la empresa en esos supuestos al trabajador. En cuanto a si este derecho de opción lo tiene o no el personal indefinido no fijo, la respuesta va a depender de lo que el convenio colectivo haya previsto. En consecuencia, cuando el convenio colectivo atribuye expresamente al personal laboral *fijo* la opción entre indemnización o readmisión, ha de realizarse una interpretación restrictiva de esa cualidad de fijeza⁵⁴, sin que concurra discriminación entre trabajadores fijos e indefinidos temporales, por no atribuir a los segundos la opción en caso de despido improcedente, pues esa previsión

⁵² SSTs/IV de 9 diciembre 2009 (rcud. 339/09) y 17 marzo 2015 (rcud. 381/2014).

⁵³ ATC 178/2011, de 13 diciembre.

⁵⁴ SSTs/IV de 20 marzo 1997 (rcud. 3305/1996), 11 mayo 1999 (rcud. 2279/98), 22 noviembre 2004 (rcud. 5790/2003), 7 junio 2005 (rcud. 61/2004) y 21 junio 2007 (rcud. 194/2006).

convencional, que mejora la legalidad estatutaria, no puede extenderse más allá del propio pacto⁵⁵. Pero si los términos de la atribución son genéricos o explícitamente inclusivos, ha de estarse a lo pactado y el personal indefinido también tendrá derecho de opción⁵⁶, sin perjuicio de que el propio convenio colectivo (a veces en versiones distintas del mismo) pueda restringir el ámbito subjetivo del beneficio opcional y atribuirlo únicamente a los trabajadores que ya tuvieran reconocida la condición de indefinidos no fijos por sentencia judicial en la fecha del cese, de forma que los restantes trabajadores -aquellos cuya cualidad contractual indefinida sea atribuible a irregularidades negociales apreciadas en la misma sentencia que declara la improcedencia del despido- no disfrutan del indicado beneficio y han de regirse por la regla general que dispone el artículo 56.1 ET, correspondiendo a la empleadora optar entre indemnizar o readmitir al trabajador⁵⁷.

Algunos convenios colectivos extienden el reconocimiento de determinados derechos laborales (económicos, de promoción profesional...) pero solo a los indefinidos no fijos que tengan reconocida esa condición por sentencia. No parece razonable, sin embargo, que deba exigirse al trabajador la sustanciación de un pleito *ad hoc* para alcanzar el reconocimiento judicial de esa condición cuando en el mismo proceso en el que reclama la atribución del derecho puede determinarse la naturaleza del vínculo laboral, que será indefinido no fijo desde el preciso momento en que se produjo el hecho determinante de esa calificación. Razones de economía procesal y el carácter meramente declarativo, no constitutivo, de la sentencia que se pronuncia sobre la condición de indefinido no fijo avalarían esta conclusión.

2.3. Extinción de la relación laboral indefinida no fija y responsabilidad indemnizatoria de la Administración

Se ha producido una importante evolución en la jurisprudencia en cuanto al régimen extintivo de esta peculiar modalidad de contratación, en la línea de otorgar mayores garantías y derechos a los trabajadores, reforzando con ello el principio de estabilidad en el empleo. Este efecto se manifestará primero en relación con la extinción por amortización de la plaza ocupada y terminará llegando igualmente a la extinción del

⁵⁵ SSTS/IV de 23 abril 2012 (rcud. 3533/2011) y 25 noviembre 2013 (rcvud. 3292/2012).

⁵⁶ SSTS/IV de 22 septiembre 2005 (rcud. 2574/2004), 19 septiembre 2006 (rcud. 123/2005), 21 junio 2007 (rcud. 194/2006), 2 febrero 2009 (rcud. 78/2008) y 18 septiembre 2009 (rcud. 4001/2008).

⁵⁷ SSTS/IV de 21 abril 2010 (rcud. 1075/2009) y 11 mayo 2010 (rcud. 1614/2010).

contrato indefinido no fijo por cobertura de la vacante tras el correspondiente procedimiento selectivo.

2.3.1. La extinción de la relación indefinida no fija por amortización de la plaza: de la tesis de la condición resolutoria a la aplicación judicial del cumplimiento del término indeterminado.

En efecto, junto a la vía ordinaria de extinción constituida por la cobertura reglamentaria de la plaza (de la que se tratará más adelante), se ha planteado una nueva posibilidad extintiva, la amortización de la plaza en la RPT de la Administración. ¿Qué sucede en estos casos con el trabajador cuya relación es indefinida no fija? La extinción de su vínculo con la Administración ¿es consecuencia automática de la amortización de la plaza, que actuaría a modo de condición resolutoria, o debe seguirse algún otro procedimiento?

Cabe adelantar que la jurisprudencia ha tenido ocasión de abordar el asunto y cambiar de criterio en un muy breve recorrido temporal⁵⁸. Pero vayamos paso a paso.

Desde la aparición de la figura del indefinido no fijo a finales de los años 90, se vino entendiendo que este contrato podía extinguirse, como el de interinidad por vacante, por cobertura reglamentaria de la plaza o por amortización anticipada de ésta, sin derecho indemnizatorio alguno para el trabajador. Esta doctrina tradicional daba carta de naturaleza al despido “libre” y no indemnizado del trabajador indefinido no fijo en las Administraciones Públicas.

La situación comenzará a cambiar con la STS/IV de 22 de julio de 2013 (rcud. 1380/2102), dictada en Sala General, la cual, tomando como presupuesto la caracterización del contrato indefinido no fijo como contrato sometido a la condición resolutoria implícita de provisión reglamentaria de la plaza, entendió que la decisión de la Administración o ente público contratante de amortizar la plaza provocaba la inmediata extinción del contrato por cumplimiento anticipado de la citada condición, sin necesidad de acudir a los instrumentos previstos en los artículos 51 y 52 ET (despido colectivo y despido objetivo). Se argumenta que *“dada la naturaleza del contrato, el hecho determinante de la amortización no actúa, de forma indirecta configurando la*

⁵⁸ Sobre el régimen extintivo del contrato indefinido no fijo, vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La extinción del contrato del trabajador indefinido: el difícil equilibrio entre intereses laborales y el derecho público”, *Trabajo y Derecho*, núm. 10, 2015, pp. 1-23; ROMERO BUSTILLO, A.M., “El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla”, *Actualidad Laboral*, núm. 6 (2014), pp. 680 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V., “La creación jurisprudencial del personal indefinido no fijo: situación actual”, en VV.AA., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 140 y ss.

existencia de una causa económica, presupuestaria u organizativa para el despido, sino que opera de manera directa sobre la propia vigencia del vínculo, determinando el cumplimiento anticipado de la condición a la que aquél estaba sometido, al impedir la amortización de la plaza su cobertura reglamentaria”.

Otra cuestión que la STS de 22 de julio de 2013 examinará es la imputación de trato desigual a los trabajadores indefinidos no fijos, al no tener derecho la extinción de sus contratos a la indemnización del artículo 49.1.c) ET prevista para el resto de trabajadores temporales (8/12 días de salario por año trabajado). Respecto de esta cuestión, que algunos pronunciamientos judiciales habían barajado para justificar la necesidad de acudir a la vía de los artículos 51 y 52.c) del ET, la Sala vino a precisar que *“la eventual desigualdad se repararía reconociendo el derecho a la indemnización; no excluyendo la aplicación de una causa de extinción prevista legalmente”.* Y concluye: *“(…) la premisa de la que se parte -que no hay derecho a la indemnización- está excluyendo de entrada una interpretación analógica de los apartados b) y c) del número 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, esa interpretación analógica lleva a la conclusión de que la indemnización sí resulta aplicable a supuestos como el presente”.*

Así pues, en el caso de extinción contractual del personal laboral indefinido no fijo de plantilla en los casos de amortización de su puesto de trabajo por decisión discrecional de la Administración, procedería el derecho a cobrar la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) del ET, teniendo en cuenta el importe indemnizatorio que resulte de aplicar las normas transitorias contenidas en la Disp. Trans. 13ª ET 1995.

Aunque esta fue la posición mayoritaria de la Sala Cuarta, la Sentencia de 22 de julio de 2013 incluye un voto particular⁵⁹ en el que seis magistrados y magistradas sostuvieron que, de ocurrir una amortización de la plaza sobre la que apoyar la extinción de la relación laboral, tendría que acudirse a la vía de los arts. 51 y/o 52.c) del ET, originando en favor de los trabajadores una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades, dando con ello satisfacción a las exigencias de las cláusulas 4ª y 5ª de la Directiva 1999/70/CE.

La jurisprudencia inmediatamente posterior vino a reiterar los argumentos principales de la STS de 22 de julio de 2013, dando así respaldo al planteamiento del TS sobre la posibilidad de extinción de los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos a través

⁵⁹ Voto Particular del Magistrado Agustí Juliá, al que se adhirieron los magistrados y magistradas Salinas Molina, Segoviano Astaburuaga, Virolés Piñol, Arastey Sahún y Alarcón Caracuel.

de la amortización simple de los puestos de trabajo, reconociendo el derecho del trabajador cesado a percibir la indemnización prevista con carácter general para los contratos temporales en el art. 49.1.c) del ET, sin necesidad de reclamación expresa por el trabajador (reconocimiento de oficio)⁶⁰.

Esta jurisprudencia afirmativa de que la amortización de la plaza es causa automática de extinción del contrato indefinido no fijo –bien que indemnizada conforme al art. 49.1.c) del ET- será rectificada a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2014, rco. 217/2013, que vino a cambiar el criterio aplicativo y la interpretación que hasta ese momento se había dado a la incidencia del artículo 51 ET en los ceses de trabajadores interinos por vacante. Importa señalar que esta sentencia fue dictada respondiendo a un recurso de casación ordinaria y en relación con la extinción colectiva por amortización de plaza de una pluralidad de contratos de interinidad por vacante en una Universidad pública, si bien el criterio se extendió prontamente en casación para unificación de doctrina al contrato indefinido no fijo⁶¹.

Las conclusiones que cabe extraer de esta nueva construcción jurisprudencial⁶² son, en apretada síntesis, las siguientes:

- Los contratos de interinidad por vacante e indefinido no fijo son contratos sujetos, no a condición resolutoria (hecho incierto), sino a término (plazo indeterminado), cuya causa natural de extinción es la cobertura reglamentaria la plaza, previa tramitación del procedimiento que se hubiera habilitado a tal fin.
- La decisión de amortizar la plaza antes de proceder a la cobertura de la misma, es decir, antes del cumplimiento del término previsto, ocasiona un perjuicio al trabajador que ve truncadas sus expectativas de mantenimiento en el empleo, incluida la posibilidad de ganar en concurso la plaza que ocupa.

⁶⁰ SSTS/IV de 14 octubre 2013 (rcud. 68/2013), 23 octubre 2013 (rcud. 408/2012), 25 noviembre 2013 (rcud. 771/2013), 13 enero 2014 (rcud. 430/2013), 21 enero 2014 (rcud. 1086/2013), 11 febrero 2014 (rcud. 1278/2013), 14 abril 2014 (rcud. 1896/2013), 13 mayo 2014 (rcud. 2214/2013) y 11 junio 2014 (rcud. 2100/2013).

⁶¹ A partir de la STS/IV de 8 de julio de 2014 (rcud. 2093/2013).

⁶² Doctrina que han reiterado, entre muchas, las SSTS de 7 (2), 14 (4), 15 y 17 de julio y 16 de septiembre 2014 (rcud. [1844/2013](#), [2285/2013](#), [2057/2013](#), [1847/2013](#), [2680/2013](#), [2052/2013](#), [2047/2013](#), [1801/2013](#), [1833/2013](#), [1873/2013](#) y [1880/2013](#)); 18 de diciembre 2014 (rcud. [1790/2013](#)); 11 febrero 2015 (rcud. 840/2014), 17 marzo 2015 (rcud. 753/2015); 18 marzo 2015 (rcud. 1821/2014); 12 mayo 2015 (rcud. 1080/2014), 23 junio 2015 (rcud. 1981/2014); 30 de junio 2014 ([rcud. 2068/2014](#)); 7 julio 2015 (rcud. 2598/2014); 13 julio 2015 (rcud. 204572014), 27 octubre 2015 (rcud. 2574/2014); 16 febrero 2016 (rcud. 1199/2014), 8 marzo 2016 (rcud. 3423/2014), 4 abril 2016 (rcud. 2600/2014), 5 abril 2016 (rcud. 1874/2014), 20 abril 2016 (rcud. 309/2016), 9 junio 2016 (rcud. 508/2016), 7 julio 2016 (rcud. 2536/2014), 26 de octubre 2016 ([rcud. 581/2015](#)), 13 de diciembre 2016 ([rcud. 3774/2014](#)); 27 de enero 2017 ([rcud. 430/2013](#)); 9 de marzo 2017 ([rcud. 2636/2016](#)) y 23 marzo 2017 (rcud. 1581/2015).

- La amortización de la plaza no conlleva la automática extinción de la relación laboral, debiendo la Administración acudir a los procedimientos previstos para el despido objetivo o el despido colectivo (arts. 51 y 52 ET), según sea el número de trabajadores afectados.
- Si la Administración recurre a la modificación de la RPT para amortizar el puesto que ocupa el trabajador cuya relación es indefinida no fija antes de la cobertura reglamentaria de la plaza, sin acudir a los cauces previstos en los artículos 51 y 52.c) ET, estaremos ante un despido nulo (si por el número de amortizaciones debió tramitarse un despido colectivo) o improcedente (si lo que procedía era un despido objetivo individual/plural).
- La decisión de amortizar puestos de trabajo en la RPT de una Administración puede constituir un indicio de concurrencia de las causas que autorizan un despido por crisis que, en todo caso, la entidad habrá de acreditar en sede judicial en caso de impugnación.
- El trabajador afectado tendrá derecho a la indemnización que para este tipo de despido establece la legislación laboral (20 días de salario por año trabajado, con el tope de una anualidad).

De esta nueva doctrina judicial se ha destacado una doble consecuencia positiva. De un lado, la correcta calificación de que el contrato de trabajo indefinido no fijo es, realmente, un contrato temporal sujeto a plazo indeterminado. De otro lado, el fortalecimiento del principio de estabilidad en el empleo, dado que la extinción del contrato por amortización de plaza vacante no opera de forma automática sino que ha de sujetarse al procedimiento de despido objetivo o colectivo, con lo que la regularidad de la cita extinción habrá de someterse a las garantías previstas para dichos despidos, entre ellas, la adecuación, racionalidad y proporcionalidad del a causa alegada para el despido, así como el reconocimiento de la indemnización establecida para estos supuestos extintivos⁶³.

2.3.2. La extinción de la relación indefinida no fija por cobertura reglamentaria de la plaza

En cuanto a la extinción del indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de plaza, siendo adjudicada ésta a otro participante en el proceso selectivo, la STS de 27 mayo

⁶³ MARTÍNEZ ABASCAL, V-A., “El contrato de trabajo indefinido no fijo: la erosión del principio de estabilidad en el empleo del personal laboral de la Administración Pública”, *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016, p. 82.

2002 (rcud. 2591/2001), Ponente Sr. Martín Correa, declaró que *"la ocupación, definitiva y mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada en virtud el contrato temporalmente indefinido, hace surgir una causa de extinción del contrato. Esta causa tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del citado núm. 1 del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores"* y actúa por denuncia de alguna de las partes.

La doctrina que sustenta la tesis del voto particular, asumiendo la disociación que cabe establecer en el ámbito de las Administraciones Públicas entre la fijeza del trabajador y el carácter indefinido del contrato, considerándolos conceptos no sinónimos sino identificadores de realidades distintas⁶⁴, discrepa de la tesis mayoritaria por entender que la causa de extinción del contrato de trabajo que mejor se ajusta a esta situación (cobertura de la vacante) es la extinción *"por causas objetivas legalmente procedentes"* [art. 49.1.1). ET] y no la extinción por causas *"consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario"* [art. 49.1.b) ET].

El Tribunal Supremo volverá sobre la cuestión en tres sentencias de 16 septiembre 2009 (rcud. 2570/2008), 26 abril 2010 (rcud. 2290/2009) y 3 febrero 2011 (rcud. 142/2010), en las que, sin apartarse de la doctrina tradicional expresada en la STS de 27 de mayo de 2002 -que se cita expresamente- y partiendo del nuevo escenario jurídico que supuso la publicación del EBEP en 2007, señala que *"no cabe negar el distinto régimen jurídico que, a priori, se otorga a esta relación laboral en comparación con las de carácter temporal (...) Es cierto que la Ley 7/2007 no dio respuesta alguna a la situación de quienes hayan podido ser considerados trabajadores indefinidos como consecuencia del uso irregular de la contratación temporal por parte de los empleadores públicos, pero esa falta expresa de mención supone, precisamente, la equiparación entre tales trabajadores y los contratados de forma indefinida ab initio (...) no hay, por tanto, una equiparación mimética a los interinos por vacante, ligados estrictamente a un proceso de cobertura"*.

Sin perjuicio de esta nueva aportación doctrinal, es lo cierto que se siguió considerando que la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupa el trabajador indefinido suponía

⁶⁴ El carácter indefinido de la relación contractual de trabajo depende exclusivamente de la aplicación de las reglas y presunciones del ordenamiento laboral, mientras que la fijeza del trabajador al servicio de la Administración Pública sólo es predicable de quienes, en cumplimiento de las normas de Derecho Administrativo, han conseguido el puesto de trabajo por medio de concurso de méritos.

una causa válida de extinción de su contrato sin derecho a indemnización ni sujeción a unas garantías especiales.

Recientemente, el Tribunal Supremo ha reconsiderado el tema de la indemnización a la que tiene derecho el trabajador por extinción del contrato indefinido no fijo en caso de ocupación reglamentaria de la misma por otro aspirante tras el correspondiente proceso selectivo. Lo ha hecho en la Sentencia de 31 de marzo de 2015 (rcud. 2156/2014)⁶⁵, aclarada por Auto de 14 de mayo de 2015, donde razona que, en caso de cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por el indefinido no fijo, no estamos ante un despido sino ante un cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET, pero incorpora una importante novedad: reconoce al trabajador, aunque no la solicite, una indemnización por fin de contrato equivalente a la establecida en el artículo 49.1.c) ET para la extinción de los contratos temporales (doce días de salario por año de servicio) *“desde el momento en que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones relacionadas con los principios de acceso a puestos públicos”*; doctrina que, como veremos, ha vuelto a ser revisada recientemente para elevar el importe de esta indemnización. Con esta decisión se pretende dar cumplimiento al Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, dictado en el asunto C-86/2014 (León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega), el cual, respondiendo a una cuestión prejudicial promovida por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada a propósito del cese sin indemnización alguna, sostiene que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan incluidos en el marco de 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; que el referido Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público; y, por último, que incumbe al juzgado remitente apreciar, con arreglo a la normativa y a las prácticas nacionales, qué naturaleza ha de poseer la indemnización

⁶⁵ Seguida por las SSTS/IV de 15 junio 2015 (rcud. 2924/2014), 6 octubre 2015 (rcud. 5921/2014), 4 febrero 2016 (rcud. 2638/2014) y 7 noviembre 2016 (rcud. 755/2015).

concedida al trabajador para entender que constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

Considerando que el contrato indefinido no fijo es normalmente el resultado de la celebración de un contrato temporal en fraude de ley, cuya extinción, de haberse celebrado aquél con arreglo a Derecho, habría supuesto para el trabajador el percibo de la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET, parece razonable que se le reconozca en cualquier caso dicha indemnización cuando la relación laboral llegue a su término aunque sea por una causa tan válida como la cobertura de la plaza previa sustanciación del correspondiente proceso selectivo, toda vez que, de no hacerse así, se haría de peor condición a quien devino titular de un contrato temporal fraudulento que al sujeto de un contrato temporal válido.

La doctrina jurisprudencial sobre el montante indemnizatorio a reconocer en los casos de casos de extinción contractual del indefinido no fijo de plantilla por cobertura de la plaza también ha cambiado, para beneficio de los trabajadores, con una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2017 (rcud. 1664/2015)⁶⁶. Se trata de una sentencia del Pleno, sin votos particulares. En esta sentencia, el TS eleva la indemnización a la que tienen derecho los trabajadores indefinidos no fijos cuando cesan por cobertura de la plaza, fijándola en veinte días de salario por año de servicio con el tope de una anualidad. De este modo, se equiparan en términos indemnizatorios la extinción (ajustada a Derecho) del contrato indefinido no fijo por amortización de la plaza y la extinción por cobertura de la misma. Los argumentos centrales de esta importante doctrina son:

1º) La figura del contrato indefinido no fijo es diferente del contrato temporal (también del fijo), lo que plantea el problema de determinar qué indemnización debe satisfacerse al trabajador en caso de rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada.

2º) La ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo (el TREBEP se limita a recoger la figura pero no regula sus elementos esenciales) obliga a la Sala a resolver (ejerciendo funciones de legislador) el debate planteado a propósito de la indemnización derivada de la extinción del contrato cuando ésta se produce por la

⁶⁶ Ponente, Sr. López de la Serrana.

cobertura reglamentaria de la plaza⁶⁷. Y su respuesta va a ser que *“acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con el límite 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”*.

Para la Sala es importante dejar claro que la atribución de la indemnización de 20 días de salario a los trabajadores indefinidos no fijos que cesan por cobertura reglamentaria de las plazas que venían ocupando (sin haber resultado merecedores de las mismas), lo es por analogía con el régimen indemnizatorio del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, pero no porque se trate propiamente de un despido de esta clase.

Las precedentes consideraciones nos permiten concluir que la asimilación que se lleva a cabo con la extinción por causas objetivas del artículo 52, apartados c) y e) del ET proyecta únicamente sus efectos en el orden cuantitativo, esto es, para determinar el importe de la indemnización que corresponde al trabajador, pero no alcanza al procedimiento del despido objetivo, que sería inexigible para proceder a la extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza.

La nueva doctrina ya ha sido aplicada en posteriores sentencias del Tribunal Supremo resolviendo casos similares: así, en SSTs/IV de 9 mayo 2017 (rcud. 1806/2015) y 12 mayo 2017 (rcud. 1717/2015). En la primea de estas decisiones se precisa, además, que no se incurre en incongruencia *ultra petita* por el hecho de conceder al trabajador una indemnización -la prevista para la extinción de la mayoría de los contratos temporales en el artículo 49.1.c) del ET- que aquél no había solicitado en su demanda de despido (lo hizo por primera vez al interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina), argumentado que *“lo que el trabajador reclama cuando solicita la calificación del cese como despido nulo o improcedente no es otra cosa que el abono de la máxima indemnización legal que proceda, sin que sea necesario que se tenga que instar en la demanda la pretensión concreta de una específica cuantía indemnizatoria, de tal manera que la acción ejercitada en reclamación de la indemnización correspondiente al despido improcedente lleva en sí misma implícita la*

⁶⁷ Obvio es decir que para que la extinción del contrato indefinido no fijo sea conforme a derecho es necesario que la plaza ocupada por el trabajador haya salido a concurso, se haya celebrado el correspondiente proceso selectivo y su concreta plaza haya sido adjudicada a otro concursante, pues de lo contrario estaríamos ante un despido improcedente. En este sentido, la STS 2 de febrero 2017 ([rcud. 53/2015](#)), sobre extinción por cobertura de vacante de un indefinido no fijo calificada como improcedente por falta de identificación de las plazas ofertadas en la convocatoria del concurso oposición.

de la menor indemnización que el antedicho precepto contempla para la extinción de los contratos temporales". De modo que la acción de despido ejercitada en la demanda permite el reconocimiento de la indemnización que legalmente corresponda si la extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo lo ha sido conforme a derecho, y que en este supuesto debe ser la de veinte días por año de servicio. En definitiva, la Sala Cuarta aplica aquí la consabida máxima de que "*quien pide lo más, pide lo menos*".

Aunque se está de acuerdo con esta nueva doctrina, pues creemos que una indemnización de veinte días de salario por año trabajado contribuye mejor que otra de doce días a combatir el abuso en la utilización de la contratación temporal por las Administraciones Públicas, y porque no son situaciones comparables la extinción de un contrato temporal lícito y la de un contrato temporal irregular (origen de la relación indefinida no fija), sorprende que en un tema tan importante la Sala no haya desplegado un arsenal argumental de mayor calibre. En una fundamentación inusualmente escueta para una sentencia del Pleno, se echa en falta una referencia a la doctrina De Diego Porras (aunque sea para justificar su inaplicación), que está siendo invocada por varios juzgados y tribunales superiores de justicia para reconocer la indemnización de veinte días propia del despido objetivo, además de en otros supuestos, al contrato indefinido no fijo que se extingue por cobertura de la plaza, incluso de oficio, para no incurrir en discriminación con los trabajadores fijos⁶⁸. Probablemente el silencio de la sentencia de 28 de marzo de 2017 sobre la doctrina De Diego Porras del TJUE esté relacionado con su insistencia en diferenciar el contrato indefinido no fijo del temporal (aquí no se examina, como en la sentencia europea, un contrato de interinidad perfectamente válido), y obedezca también al deseo de la Sala Cuarta del TS de no comprometerse con una doctrina comunitaria sobre el tratamiento indemnizatorio de la extinción de los contratos temporales que todo apunta a que en fechas próximas será revisada para reconducirla a más precisos y ponderados términos.

Por otro lado, se echa en falta un razonamiento más pormenorizado sobre la equiparación analógica que se hace entre la extinción por cobertura reglamentaria de la plaza y las causas objetivas del artículo 52.c) y e) del ET, reflexión que habría permitido responder sin tener que acudir a interpretaciones complementarias a cuestiones tales

⁶⁸ Así, SSTSJ Asturias de 8 noviembre 2016 (suplicación 2142/2016) y 21 marzo 2017 (suplicación 493/2017), aplicando la doctrina de la STS 6 de octubre 2015 ([rcud. 2592/2014](#)), que cita el caso Huétor Vega del TJUE, pero adaptándola a la doctrina "de Diego Porras" para reconocer de oficio la indemnización de 20 días. También las SSTSJ Galicia de 26 octubre 2016 (suplicación 2059/2016), 17 de enero de 2017 (suplicación 2864/2016) y 30 de enero de 2017 (suplicación 4245/2016).

como si la indemnización de veinte días sería también aplicable cuando dicha causa actúa en un contrato de interinidad por vacante (la causa extintiva es la misma pero no así la relación en la que incide, típicamente temporal en el caso de interinidad), o en un contrato indefinido no fijo pero que tenga su origen en una situación diversa a la utilización abusiva o fraudulenta de contratos temporales por un ente público (p. ej., en caso de subrogación de una Administración o entidad pública en personal laboral procedente de una empresa privada).

En definitiva, tanto vaivén jurisprudencial en torno a la naturaleza, caracterización y efectos del contrato indefinido no fijo de plantilla revela que estamos ante una categoría sumamente compleja y problemática, ideada por la jurisprudencia como escapatoria a un callejón sin salida (la incompatibilidad de las previsiones de la legislación laboral sobre indefinición-fijeza con los criterios que imperativamente rigen el acceso a la función pública), que es fuente de numerosas incertidumbres y no hace sino agravar la precariedad de los empleados públicos que merecen tal consideración. De ahí la urgencia de una intervención legislativa que dote a esta figura de un estatuto normativo que regule sus elementos esenciales y diferenciadores respecto del contrato indefinido ordinario, incluido el deber de la Administración de crear y convocar las plazas en un plazo determinado con una clara definición de las responsabilidades personales (disciplinaria, económica) que deben asumir, dándose ciertos requisitos, los gestores públicos que con su mala praxis son el origen de esta situación. Esta solución sería preferible a otras alternativas, desde la más radical de declarar nula la contratación del trabajador con reconocimiento, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios como responsabilidad patrimonial de la Administración al trabajador de buena fe, a la propuesta de recuperación del sentido tradicional de la indefinición laboral en el sector público como equivalente a fijeza, conforme a la interpretación jurisprudencial que vino aplicándose hasta la aparición de la figura del indefinido de no fijo.

IV.- LA EXTENSIÓN DE LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO A LOS DOMINIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

La proliferación de prácticas precarizadoras del empleo público ha generado un importante incremento en el número de litigios frente a decisiones extintivas afectantes al personal temporal (laboral, funcional, estatutario) que han derivado en el planteamiento por los jueces españoles, laborales y administrativos, de cuestiones

prejudiciales al TJUE, preguntando sobre el acomodo de nuestra normativa estatal a la Directiva 1999/70/CE, algunas ya resueltas, otras pendientes de decisión.

En concreto, el 14 de septiembre de 2016 dictó el citado Tribunal (Sala 10^a) tres sentencias que respondían a otras tantas peticiones de órganos judiciales españoles⁶⁹. La primera de ellas, recaída en el caso C-596/14, asunto Ana De Diego Porras vs. Ministerio de Defensa, responde a una petición de decisión prejudicial formulada por el TSJ madrileño y, a tenor de lo establecido en la cláusula 4^a del Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada integrado en la Directiva 1999/70/CE, que prohíbe dispensar a los trabajadores temporales un trato menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada a menos que dicha diferencia de trato tenga justificación objetiva, censura que el ordenamiento español no establezca ninguna indemnización para compensar a los interinos laborales cuando cesan en su puesto, mientras que sí prevé la concesión de una indemnización a los trabajadores fijos que ven extinguido su contrato en situaciones comparables (considerando situación comparable la extinción por causas objetivas del art. 52. c) ET).

Aunque esta es la sentencia que ha tenido mayor eco mediático y la que ha desencadenado un verdadero tsunami de interpretaciones contradictorias tanto a nivel doctrinal como judicial, el TJUE dictó en la misma fecha (14-9-2016) otras dos sentencias que interpretan la aplicación de la cláusula 5^a del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada (medidas destinadas a evitar los abusos por utilización sucesiva de la contratación temporal) en el ámbito del empleo público administrativo. En la que resuelve el caso C-16/15, asunto M^a. Elena Pérez López vs. Servicio Madrileño de Salud, respondiendo a la petición de decisión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 4 de Madrid en un caso de sucesivos nombramientos de duración determinada (7 en total) en calidad de personal estatutario temporal eventual como enfermera del Hospital Universitario de Madrid, el TJUE considera contrario a la normativa comunitaria una norma como la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, que

⁶⁹ Sobre el impacto de estos pronunciamientos del TJUE en la dinámica de la contratación temporal en España, por todos, MOLINA NAVARRETE, C., *El empleo temporal en el laberinto judicial: desenmarañando en el enredo. Estudio de la doctrina judicial española aplicativa de la "trilogía" de Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 ("De Diego Porras", "Pérez López" y "Martínez Andrés")*, Madrid, sepín, 2016.

permite la sucesión de nombramientos temporales en la sanidad pública para cubrir necesidades normales y permanentes.

La tercera sentencia del TJUE a tener en cuenta es la que resolvió los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, entre Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud⁷⁰ y entre Juan Carlos Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria⁷¹, sentencia originada por la petición de decisión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco. En dicha sentencia el TJUE declara que la cláusula 5ª, apartado 1, del tantas veces citado Acuerdo Marco, se opone a que una norma nacional permita que la celebración abusiva de sucesivos contratos de duración determinada al servicio de la Administración dé derecho al mantenimiento de la relación laboral (como indefinido no fijo) y sin embargo no reconozca ese derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo; la censura de la norma estatal opera a menos que exista alguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, cosa que corresponde determinar al juez remitente.

Por tanto, el TJUE dictamina que en la medida en que no exista ninguna medida eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones Públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada que es un objetivo querido por la cláusula 5ª del Acuerdo Marco; solución ésta que abre el debate sobre el traslado de otras soluciones (normativas o jurisprudenciales) propias de la contratación laboral cuando se detecta alguna anomalía en el empleo de régimen administrativo y la misma colisiona con previsiones de la Directiva 1999/70/CE u otras Directivas⁷², y representa todo un desafío para las clásicas concepciones dicotómicas sobre lo funcional y lo laboral⁷³.

⁷⁰ La Sra. Martínez Andrés, auxiliar administrativa del Servicio Vasco de Salud, se incorporó el 2 de febrero de 2010 como personal eventual por “necesidades del servicio”, siendo objeto su nombramiento de trece prórrogas, hasta que el 1 de octubre de 2012 fue cesada.

⁷¹ El Sr. Castrejana López celebró varios contratos de duración determinada con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, entre el 1 de diciembre de 1993 y el 22 de enero de 1998, en que fue nombrado funcionario interino para la ejecución de un programa temporal, hasta que fue cesado el 10 de diciembre de 2012.

⁷² Este efecto “vasos comunicantes” entre la legislación laboral y funcional está presente en la STJUE de 9 marzo 2017, asunto C-406/15, Milkova, donde el tribunal europeo resuelve que el art. 7, apartado 2, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un

La sentencia completa su fallo con una segunda declaración de carácter procesal, a cuyo tenor, en caso de que el trabajador temporal pretenda obtener una indemnización por el uso abusivo de la contratación temporal, el derecho a la tutela judicial efectiva le permite hacerlo en el mismo procedimiento judicial en que se haya constatado el abuso.

La invitación a extender la categoría del indefinido no fijo al ámbito del empleo público administrativo, funcionarial o estatutario (dando lugar a figuras híbridas como “*funcionario indefinido no fijo*” o “*personal estatutario indefinido no fijo*”), esto es, sin que opere su trasmutación en personal laboral indefinido, es clara⁷⁴ y ha sido inmediatamente aceptada por varios juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo⁷⁵. Si bien no en todos los casos se alude expresamente a la condición de indefinido no fijo (en algún caso se prefiere hablar de “*indefinido temporal*”), se reconocen sus efectos, en particular el derecho al mantenimiento en el puesto de trabajo⁷⁶, si cabe, con mayor intensidad que en la jurisdicción social porque la readmisión en caso de cese es obligatoria, ya que ni la legislación ni la jurisdicción administrativa contemplan la institución del despido improcedente con el consiguiente derecho de la Administración a optar por la extinción indemnizada⁷⁷.

marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, permite que una normativa de un Estado miembro confiera a los trabajadores por cuenta ajena con determinados tipo de discapacidad una protección especial ex ante frente al despido, sin conferir tal protección a los funcionarios con discapacidades del mismo tipo, a menos que se compruebe una vulneración del principio de igualdad de trato, lo cual ha de ser verificado por el órgano jurisdiccional remitente. En caso de apreciarse dicha vulneración, la obligación de respetar el Derecho de la Unión exigirá extender el ámbito de aplicación de las normas nacionales que protegen a los trabajadores por cuenta ajena con un determinado tipo de discapacidad, con el fin de que dichas normas de protección cubran igualmente a los funcionarios con una discapacidad del mismo tipo.

⁷³ SEMPERE NAVARRO, A-V., “Texto y contexto de la STJUE sobre consecuencias de la temporalidad injustificada en el empleo público”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017, BIB 2017\10540, p. 11 del documento electrónico.

⁷⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Temporalidad en el empleo público. Abusos más frecuentes y reacciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 407, 2017, p. 51.

⁷⁵ En este sentido, STSJ, Sala de lo Contencioso, de Andalucía-Sevilla de 30 de septiembre de 2016 (apelación 221/2016); SSTSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Galicia de 1 de febrero de 2017 (apelación 320/2016) y 21 de marzo 2017 (apelación 395/2016); SSTSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso, de 12 de diciembre de 2016 (apelaciones 625/2013 y 735/2013).

⁷⁶ Como antecedente encontramos una primera sentencia del TSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso, de 31 de marzo de 2014 (apelación 347/2010), que resuelve el cese de un eventual en el ámbito sanitario, bajo la Ley 55/2013, y atendiendo a la figura del fraude de ley (art. 6.4 del CC) y la desviación de poder, lo anula disponiendo el reingreso del trabajador hasta que se cubra reglamentariamente la plaza o se amortice, u otro supuesto similar.

⁷⁷ La Sentencia JC-A núm. 2 A Coruña, de 30 de diciembre 2016 (rec. 139/2016), declara nulo el cese (con la consiguiente readmisión) de una funcionaria interina de la Dirección Xeral de Relaciones con la Administración de Xustiza que había sido sucesivamente nombrada como tal desde marzo de 1991; especialmente porque “*la Administración no razona ni menos aún acredita causas objetivas que amparen esas sucesivas renovaciones y la larga duración del vínculo existente*”. De modo que “*combatido un acuerdo de cese la revocación del mismo provoca en todos los casos la ‘readmisión del empleado*

BIBLIOGRAFÍA:

- ALFONSO MELLADO, C.L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (Atención especial a las Entidades Locales y a las sociedades mercantiles de capital público)”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 73, 2016
- ARUFE VARELA, A., “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 40, 2015.
- BALLESTER PASTOR, M.A., “Novedades y rémoras de la contratación temporal en la Administración Pública”, *Revista de Derecho Social*, núm. 72, 2016.
- BOLTANA BOSCH, M. , “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública”, *Aranzadi Social*, núm. 5 (2002).
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “La contratación administrativa de servicios como mecanismo de huida del Derecho del Trabajo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016, pp. 41-75.
- GOERLICH PESSET, J.Mª. Y J. VEGA LÓPEZ, J.Mª., “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1999.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La extinción del contrato del trabajador indefinido: el difícil equilibrio entre intereses laborales y el derecho público”, *Trabajo y Derecho*, núm. 10, 2015.
- LÓPEZ ANIORTE, Mª.C., “Límites a la proliferación del trabajo atípico y en fraude de ley en la Administración pública”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 411, 2017.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V-A., “El contrato de trabajo indefinido no fijo: la erosión del principio de estabilidad en el empleo del personal laboral de la Administración Pública”, *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016.
- MARTÍNEZ BARROSO, Mª. R., “Precariedad laboral en las Administraciones Públicas: principales manifestaciones de temporalidad y contratación irregular”, *Trabajo y Derecho*, núm. 5, 2015, La LEY 3344/2015
- MIÑARRO YANINI, M., “Empleo público y contratos de “indeterinos”: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal”, *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social-CEF*, núm. 384, 2015.
- MOLERO MARAÑÓN, Mª.L., “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido”, *Relaciones Laborales*, núm. 1 (2004), págs. 32 y ss.
- MOLINA NAVARRETE, C., *El empleo temporal en el laberinto judicial: desenmarañando en el enredo. Estudio de la doctrina judicial española aplicativa de la “trilogía” de Sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (“De Diego Porras”, “Pérez López” y “Martínez Andrés”)*, Madrid, sepin, 2016.
- REVILLA ESTEVE, E., “Problemas actuales del régimen de personal en contratos de obras y servicios de las Administraciones Públicas”, en *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016.
- RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.R., “Indefinido no fijo, régimen jurídico y extinción del contrato”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 391 (2015), págs. 165-194.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Temporalidad en el empleo público: abusos más frecuentes y redacciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 407, 2017, pp. 17-55.
- ROMERO BUSTILLO, A.M., “El trabajador indefinido no fijo de plantilla: una nueva solución a la contratación temporal irregular de la administración pública”, en *Las relaciones laborales en las*

público’ sin posibilidad de opción por el empleador entre dicha readmisión y la indemnización” y aunque la ilicitud del acto administrativo no la impone “el ordenamiento y la doctrina comunitaria imponen la previsión de un medio efectivo de disuasión de la contratación temporal fraudulenta”.

Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, vol. 1, 2001, pp. 353-377.

SALA FRANCO, T., “El acceso al empleo público laboral”, en ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M. (coords.), *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

SELMA PENALVA, A., “[El trabajador "indefinido no fijo" en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura](#)”, *Relaciones Laborales*, núm. 11 (2014), pp. 75-103.

SEMPERE NAVARRO, A.V., “La creación jurisprudencial del personal indefinido no fijo: situación actual”, en VV.AA., *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

SEMPERE NAVARRO, A-V., “Texto y contexto de la STJUE sobre consecuencias de la temporalidad injustificada en el empleo público”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017.

TREVIÑO PASCUAL, M., “La figura del indefinido no fijo y su extensión a los funcionarios interinos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 409, abril 2017.

VALLECILLO GÁMEZ, M^a.R., “El personal indefinido no fijo y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 404 (2016), pp. 15-39.

VALVERDE ASECIO, J.A., “La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública”, *Temas Laborales*, núm. 86, 2006.