



FACULTADE DE DEREITO

UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

TFG presentado por Anxo Varela Hernández

Curso académico 2020/2021

Tutora: Lourdes Mella Méndez

PALABRAS CLAVE: Empleo público, personal laboral, conflicto normativo, temporalidad, fraude de ley e indefinido no fijo.

KEYWORDS: *Public employment, labour staff, regulatory conflict, temporality, law fraud and indefinite not fixed.*

RESUMEN: La contratación del personal laboral por tiempo determinado en fraude de ley y la imposibilidad de la adquisición de fijeza en el ámbito de la contratación pública ha abocado a la creación jurisprudencial del ‘indefinido no fijo’, a finales de la última década del siglo XX. Ello se debe a la existencia de una concurrencia conflictiva entre la protección que otorga el ET al trabajador y los principios constitucionales y legales que rigen el acceso al empleo público.

La falta de regulación normativa y las peculiaridades que caracterizan a esta figura hacen que los trabajadores a los que se les ha atribuido tal condición se hallen en un contexto de inseguridad jurídica. Por esta razón, en el presente estudio se indaga en la ordenación jurídica que les resulta aplicable, así como en las similitudes y diferencias de su régimen jurídico respecto de otro tipo de trabajadores que prestan sus servicios para la Administración Pública española. El objetivo es centrar la atención en los puntos más controvertidos del referido régimen, especialmente desde la perspectiva jurisprudencial y doctrinal, con la idea de avanzar en el análisis de la figura desde su conformación inicial hasta la actualidad.

ABSTRACT: *The labour staff hiring's for a specific period of time using fraudulent methods and the impossibility of acquiring a permanent contract in the field of public contracting has led to the jurisprudential development of the ‘indefinite not fixed’ at the end of the last decade of the 20th century. This is due to the existence of a conflicting concurrence between the protection granted by the ET to the worker and the constitutional and legal principles governing access to public employment.*

The lack of normative regulation and the peculiarities that characterise this figure mean that the workers to whom such status has been attributed find themselves in a context of legal uncertainty. For this reason, this study investigates the legal arrangement that is applicable to them, as well as the similarities and differences of their legal regime compared to other types of workers who provide their services for the Spanish Public Administration. The objective is to focus attention on the most controversial points of the referred regime, especially from the jurisprudential and doctrinal perspective, with the idea of advancing in the analysis of the figure from its initial formation to the present.

Índice

ABREVIATURAS	3
I. INTRODUCCIÓN: LA TIPOLOGÍA DE EMPLEADOS PÚBLICOS Y LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO	5
II. ORIGEN Y CARACTERIZACIÓN DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO	6
1. Concepto y naturaleza jurídica: su recorrido jurisprudencial	6
2. Su reconocimiento legal	11
3. La competencia jurisdiccional	13
4. El Derecho del Trabajo y su choque con los principios de igualdad, mérito y capacidad típicos del Derecho administrativo. Especial atención a la Directiva 1999/70/CE	14
III. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS	17
1. El personal fijo de plantilla	17
2. El personal laboral subrogado	17
3. El interino por vacante	19
4. El fijo discontinuo	21
IV. RÉGIMEN JURÍDICO (I): DERECHOS DEL INDEFINIDO NO FIJO	23
1. Promoción profesional	24
2. Movilidad laboral	25
3. Excedencia voluntaria o forzosa	27
4. Complemento de antigüedad	29
V. RÉGIMEN JURÍDICO (II): EXTINCIÓN CONTRACTUAL	31
1. Extinción por las causas del art. 49 ET	31
1.1. Aspectos generales	31
1.2. El despido disciplinario y la posible extensión a los indefinidos no fijos de la readmisión del art. 96.2 EBEP	33
2. Extinción por causas específicas	34
2.1. Cobertura de la plaza	34
2.2. Amortización de la plaza	35
3. Indemnización por cese de la relación laboral. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	37
VI. CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	45
ANEXO I: RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA	50

ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional (salvo que se indique otra cosa, Sala de lo Social).

AS: Aranzadi Social.

CC: Código Civil de 1889.

CE: Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

DGT: Dirección General de Trabajo.

EBEP: Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

ET: Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

FJ: Fundamento Jurídico.

JS: Juzgado de lo Social.

JUR: Resolución no publicada en los productos CD/DVD de Aranzadi.

LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

LEMPESS: Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

LJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

LMRFP: Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.

LOU: Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

LPGE: Ley de Presupuestos Generales del Estado (del año que, en cada caso, se indique).

LRSP: Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa.

RJ: *Repertorio de jurisprudencia*, de Aranzadi.

RPT: Relación de puestos de trabajo.

RTC: *Repertorio del Tribunal Constitucional*, de Aranzadi.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional (salvo que se indique otra cosa, de su Sala de lo Social).

SJS: Sentencia del Juzgado de lo Social.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo (salvo que se indique otra cosa, de su Sala de lo Social).

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma que se indique en cada caso (y del orden social, salvo indicación en contra).

TC: Tribunal Constitucional.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TUE: Tratado de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo (salvo que se indique otra cosa, Sala de lo Social).

TSJ: Tribunal Superior de Justicia (salvo que se indique otra cosa, Sala de lo Social).

I. INTRODUCCIÓN: LA TIPOLOGÍA DE EMPLEADOS PÚBLICOS Y LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO

La Administración Pública española desarrolla un papel muy importante en la medida en que actúa como empleadora y crea empleo. De hecho, en julio de 2020, dependían de ella, según datos oficiales, un total de 2.598.481 empleados públicos¹, dentro de los cuales debemos diferenciar los siguientes tipos, recogidos, a su vez, en el art. 8 EBEP: los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos, el personal laboral y el personal eventual (que nada tiene que ver con la noción que de este se tiene en el ámbito privado, regulado por el Derecho del Trabajo). Nos encontramos, entonces, con diferentes tipos de relaciones jurídicas, cuya conceptualización y análisis se recoge en los artículos siguientes al precitado.

Huelga indicar que, además de las diferencias en cuanto al acceso para conformar uno u otro tipo de empleado público (ya que el personal funcional se convierte en tal por nombramiento legal, mientras el personal laboral lo hace en virtud de contrato de trabajo), existen diferencias sustanciales en cuanto a las tareas que uno y otro grupo pueden llevar a cabo. En este sentido, el personal contratado podrá realizar todas las tareas que las leyes establezcan con el respeto (y límite) de lo previsto en el art. 9.2 EBEP, según el que, solo a aquel que goce de la condición de funcionario se le podrán encomendar “las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas” y, en consecuencia, actuar como fedatario público gozando de presunción de veracidad.

Asimismo, al igual que el empleador privado, la Administración Pública puede optar por realizar, respecto del personal contratado (no funcionario), diferentes tipos de contratos: fijos, temporales e indefinidos. Estos últimos, pese a que el término parece aludir a las mismas connotaciones que el vocablo ‘fijo’, nada tiene que ver con el mismo². De hecho, esta figura se ha incluido en la legislación para reconocer, única y exclusivamente, la particular posición que encarnan los profesores de religión, y no, por ejemplo, para consagrar legalmente la ficción jurídica del indefinido no fijo, como señala, en su fundamento jurídico sexto, la STS de 22 de julio de 2013³. En otro sentido, el contrato por tiempo indefinido es, en palabras de GÁRATE CASTRO, “aquel en el que las partes no han previsto o fijado, en el momento de su conclusión, ninguna circunstancia (...) cuyo acaecimiento conduzca a la extinción del vínculo o, si se prefiere, aquel que carece de cualquier estipulación inicial sobre su finalización”⁴. A este tipo de contratos se contraponen los temporales, que son “aquellos en los que las partes quieren limitar en el tiempo su duración, por lo que señalan, en el momento de celebrarlos, una circunstancia (...) con cuyo acaecimiento se extinguirán”⁵.

En tanto elemento importante en la contratación de nuestro país, también en el seno de la propia Administración (en sus diferentes niveles) existe el endémico problema de la

¹ Datos extraídos del *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*, que incluye una estadística elaborada por el Registro Central de Personal dependiente de la Secretaría General de Función Pública, que, a su vez, se integra en el actual Ministerio de Política Territorial y Función Pública. <https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/200701_Boletin_julio_2020.pdf.pdf>.

² Cómo desarrollaremos con mayor circunspección en el epígrafe II.2 del presente estudio.

³ RJ 7657.

⁴ *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo*, Editorial Netbiblo, A Coruña, 2012, pp. 112-113.

⁵ *Ibid.* p. 125.

temporalidad en el empleo⁶, que, a pesar de sucesivas reformas legislativas, no consigue atajarse. Y ello, aunque la regulación existente promueve la contratación indefinida, relegando la contratación por tiempo determinado para casos justificados y excepcionales, como prevé el art. 15 ET. De hecho, esta utilización justificada y limitada de la contratación temporal no solo se constituye como una exigencia del legislador español⁷, sino también del europeo, pues en el marco jurídico europeo existen diferentes instrumentos que conminan a los Estados miembros a regular, de manera taxativa, la temporalidad en el empleo⁸.

En consecuencia, cabe afirmar que las exigencias legales a la hora de acudir a la contratación temporal demuestran que la temporalidad en el empleo (ya en el sector público o en el privado) no trae causa de la cambiante regulación en materia laboral. Además, en el particular caso del sector público, tampoco se puede apelar a elementos justificativos usados en las relaciones laborales privadas, como las características de nuestro tejido productivo⁹ (que depende, en gran medida, del sector servicios, en el que, a su vez, tiene un gran peso el turismo que, *per se*, provoca la creación de empleo transitorio¹⁰).

Como se aprecia, en el seno de nuestro sector público se produce un abuso en la contratación temporal. Para paliarlo, se ha venido aplicando, como sanción a la contratación en fraude de ley, la controvertida figura del indefinido no fijo, de creación jurisprudencial, y analizada en este estudio.

II. ORIGEN Y CARACTERIZACIÓN DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO

1. Concepto y naturaleza jurídica: su recorrido jurisprudencial

La figura del trabajador indefinido no fijo es una creación jurisprudencial que surge como sanción a la contratación temporal en fraude de ley, ya que, como se ha mencionado, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es el carácter indefinido o fijo del contrato de trabajo. Esto es, se trata de un remedio que los tribunales han considerado necesario crear ante el manifiesto abuso del contrato por tiempo determinado en el seno de la Administración Pública, debido a los problemas de aplicación al ámbito público de la previsión genérica del art. 15.3 ET, que presume “por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”. Por ello, las irregularidades en la contratación temporal que se produzcan en este ámbito público “podrán determinar la declaración judicial de indefinición, pero no la declaración judicial de fijeza”¹¹.

⁶ En palabras de MERCADER UGUINA, nada hay más estable en el empleo público que la temporalidad (“La camaleónica figura del indefinido no fijo”, *Elderecho.com*, 2019, <https://elderecho.com/la-camaleonica-figura-del-indefinido-no-fijo>).

⁷ Esta conceptualización del contrato temporal como una modalidad contractual restringida no es novedosa, sino que se ha venido persiguiendo en las sucesivas reformas laborales, entre otras, en la del 2010. Para profundizar en dicha materia, acudir a MELLA MÉNDEZ, L.: “La desincentivación de la contratación temporal en España por la reforma laboral de 2010”, *Documentación Laboral*, 2010, pp. 59-82.

⁸ *Vid.* punto II.4.

⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, pp. 81 y ss.

¹⁰ El turismo suponía, en el año 2019, un 12,9% de la aportación al empleo total según el INE. <https://www.ine.es/dyns/TNEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736169169&menu=ultiDatos&idp=1254735576863>.

¹¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Acceso al empleo público: la necesaria revisión del modelo actual”, en el volumen AAVV: *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italianos y español* (coordinado por VIDA FERNÁNDEZ), Aranzadi, 2018, p. 171.

Esta inadaptación legal del referido precepto estatutario se debe a la imposibilidad de prever directamente la conversión de un contrato temporal fraudulento en otro contrato fijo, puesto que, con ello, se vulnerarían las más elementales normas y principios de acceso al empleo público, como se profundizará en el epígrafe II.4 de este trabajo. Con otras palabras, la figura ahora analizada nace por la inviabilidad de que estos sujetos vinculados a la Administración Pública por un contrato laboral queden equiparados a los trabajadores fijos de plantilla, debido a las exigencias contenidas en las normas que rigen en el ámbito de la contratación y el acceso al empleo público. Como se aprecia, la previsión proteccionista de los derechos de los trabajadores contenida en el ET se ve desplazada por la norma administrativa, debido a la especialidad de la contratación en las Administraciones Públicas¹².

Esta condición de ‘trabajador indefinido no fijo’ se puede alcanzar por otras vías¹³ diferentes, y no necesariamente como sanción a la contratación temporal por tiempo superior al máximo permitido¹⁴. Así, dicha declaración judicial podría proceder, entre otras, por las siguientes causas: 1) por la concatenación sucesiva de contratos temporales¹⁵ (cuando, por medio de dos o más contratos, se ha estado contratado más de veinticuatro meses en un periodo de treinta meses)¹⁶; 2) por seguir prestando servicios una vez que ha desaparecido la causa que justificó la celebración del contrato temporal; 3) por hallarse mal precisada la causa temporal, cuando se trate de un contrato por obra o servicio¹⁷; o, en fin, 4) porque un ente

¹² Como se indica en el fundamento de derecho cuarto del Auto del TC de 4 de julio de 1988 (RTC 858), “es evidente que la contratación de personal laboral para la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares”, ya que existen otros preceptos constitucionales que “ofrecen adecuada y proporcional justificación, en su caso, de la diferencia normativa en que el TS, según se dice, se ha basado”. Dicha aseveración se recoge, con carácter previo, en el Auto del TC de 6 de junio de 1988 (RTC 714).

¹³ CAVAS MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 100 y ss.

¹⁴ Como se extrae del art. 15.1 letra a) del ET, los contratos por tiempo determinado no pueden tener una duración superior a tres años, aunque este plazo podrá ser ampliable hasta doce meses por convenio colectivo.

¹⁵ Esta es una práctica frecuente en el ámbito universitario (cuya contratación se rige por el art. 48.1 LOU) que, a menudo, provoca que la jurisprudencia reconozca la condición de indefinido no fijo en este tipo de situaciones. La celebración en fraude es clara, como dice la STS de 1 de junio de 2017, en su fundamento de derecho sexto (RJ 2889), ya que estos contratos, por un lado, se dirigen a la realización de necesidades docentes regulares y estructurales que no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada; y, por otro, no se acredita que en la contratación se cumplieran, mínimamente, las finalidades formativas ligadas a dicha modalidad contractual. En este sentido, el encadenamiento de contratos temporales que no cumplen con sus requisitos y características ha de considerarse una actuación fraudulenta, no por lo concerniente a la duración temporal, sino por utilización fraudulenta de las exigencias de ciertas modalidades contractuales. En consecuencia, se ha de estimar la condición de indefinido no fijo, tal y como también reconocen otras sentencias de nuestro Alto Tribunal [entre otras, la STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2019 (AS 2020\57)], así como del TJUE [STJUE de 13 de marzo de 2014 (asunto C-190/13; TJCE 108)]. Para adentrarnos más en dicha problemática, cabe acudir a VILLALBA SÁNCHEZ, A.: “Contratos de trabajo de duración determinada del profesorado universitario: derecho a trienios y principios de no discriminación”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles* (dirigido por GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020, pp. 281-286. Véase, también, ROJO TORRECILLA, E.: “Sigue la saga universitaria. Profesores universitarios indefinidos no fijos, retribuidos como profesores ayudante doctores cuando deben serlo como profesores lectores. Notas a la Sentencia del TSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2019, y amplio recordatorio de la de 6 de marzo de 2018 (nuevo caso Universidad Pompeu Fabra)”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2019, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2019/12/sigue-la-saga-universitaria-profesores.html>.

¹⁶ Como permite el art. 15.5 ET.

¹⁷ En materia de uso fraudulento del contrato de obra y servicio y de cesión ilegal de trabajadores (especialmente en lo referido al ámbito universitario), acudir a MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Cesión ilegal de trabajadores y uso

público participa en un supuesto de cesión ilegal¹⁸ de trabajadores, como receptor de mano de obra¹⁹. En todo caso, tal condición se adquiere por medio de sentencia judicial, al no existir, en la actualidad, previsión legal al respecto²⁰.

El nacimiento de la figura del ‘indefinido no fijo’ no se produjo de manera maquinal, sino que, antes de la doctrina jurisprudencial unificadora imperante en la actualidad, existieron múltiples sentencias que se pronunciaron de modo muy diferente en cuanto a las consecuencias de la contratación irregular hecha por las administraciones (tal y como se desarrollará más adelante)²¹.

El origen jurisprudencial, en tanto punto de partida de las consideraciones iniciales de la ficción jurídica del indefinido no fijo, se encuentra en la STS de 7 de octubre de 1996²², que, en su fundamento jurídico tercero, revoca la sentencia de instancia (que declaraba que los trabajadores demandantes tenían la condición de fijos de plantilla) y sustituye tal pronunciamiento por la declaración de que la relación contractual de trabajo es de carácter ‘indefinido’. Asimismo, en el fundamento jurídico segundo, se declara que “la contratación laboral en la Administración Pública, al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad, impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”. Posteriormente, la STS de 21 de enero de 1998²³, en su fundamento jurídico segundo (refiriéndose a la sentencia del mismo órgano de 20 de enero de 1998²⁴), sigue la línea recién expuesta en la caracterización de esta figura (en aquel momento en primaria conformación), indicando que la Administración “no puede consolidar la fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a

fraudulento del contrato de obra o servicio a través de proyectos de investigación solicitados por las Universidades”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2009, pp. 51-59.

¹⁸ Estaremos ante un caso de cesión ilegal de trabajadores cuando se dé alguna de las circunstancias del art. 43.2 ET. Si dichas circunstancias se dan interviniendo una Administración Pública, la jurisprudencia mayoritaria [muestra de la que es la STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004/283)] estima que se le ha de reconocer a estos trabajadores la condición de indefinidos no fijos. Sin embargo, algún excepcional pronunciamiento judicial [STSJ de Baleares de 17 de marzo de 2020, FJ 5 (AS 2029)] indica que la consecuencia ha de ser la adquisición de fijeza si el trabajador ya era fijo. Ello, debido a que “nada justifica que pueda ver su contrato laboral transformado en otro de carácter temporal o sometido a condición por el simple hecho de que se haya decidido internalizar la actividad que venía desarrollando la empresa para la que vino prestando servicios ese trabajador”. A este respecto, considera acertado la jurisprudencia consolidada que “la calificación de indefinido no fijo también es predicable respecto de una cesión ilegal producida en el seno de una empresa propiedad de una Administración Pública”. *Vid.*, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Cesión legal e ilegal”, en el blog del autor *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2021.

¹⁹ SELMA PENALVA, A.: “El polémico derecho a la promoción profesional de los trabajadores indefinidos no fijos. Comentario a la Sentencia nº 352/2018 del Tribunal Supremo, sala 4ª, de lo social, 2 de abril de 2018”, *IUSLabor*, 2018, p. 294.

²⁰ Cfr. punto II.2 de este trabajo.

²¹ Algunos pronunciamientos judiciales estimaban a estos trabajadores como trabajadores fijos y, otras sentencias, se aproximaban a lo que hoy en día se denomina ‘indefinido no fijo’, aunque sin otorgar tal calificación. En el primer sentido, entre otras, se encuentra la STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 1997; referenciada en el fundamento de derecho primero de la STS de 5 de octubre de 1998 (RJ 8659). *A contrario sensu*, véase la STSJ de la Rioja de 30 de noviembre de 1994 (AS 4335).

²² RJ 7492.

²³ RJ 1138.

²⁴ RJ 1000.

adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo, y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”.

Tal y como se adelantó, con anterioridad a estos pronunciamientos judiciales, que sientan las bases de la figura del indefinido no fijo, existieron otros con posiciones diversas respecto de las consecuencias de la contratación temporal irregular en el seno de la Administración²⁵.

Una primera posición jurisprudencial, de la que es ejemplo la STS de 27 de noviembre de 1989²⁶, ahonda en la imposibilidad de que la consecuencia del fraude en la contratación temporal suponga, *de facto*, la consideración del trabajador como indefinido²⁷, con fundamento en el art. 103.3 de nuestra Carta Magna, entre otros. A este respecto, el TS señala que, de concederse la condición de indefinido al trabajador que, en el caso analizado, concatenaba sucesivos contratos en el Hospital Gregorio Marañón²⁸, resultarían infringidos preceptos como el ahora citado. En palabras del TS, tal vulneración se produciría “si, en base de las aludidas irregularidades, se atribuyesen, con carácter definitivo y sin aplicación de criterios de publicidad y objetividad, puestos de trabajo en la Administración Pública, con la consiguiente lesión del derecho de quienes podían aspirar a ellos a través de un proceso reglado de selección”²⁹. Esta conceptualización primaria sobre las consecuencias de la contratación temporal ilícita en las Administraciones Públicas se matiza, en el año 1990, con algún pronunciamiento judicial³⁰ que establece que se está ante la “situación fáctica de interinidad en sentido amplio, que justifica el mantenimiento de la relación hasta que se produzca la cobertura”. Esto es, la respuesta de los jueces a la contratación fraudulenta en aquel momento era considerar que se estaba ante una interinidad de hecho, ya que se entendía que la contratación irregular por tiempo determinado no podía convertirse en un sistema de acceso para el empleo en la Administración. Consiguientemente, se seguía defendiendo la imposibilidad de transformar una relación temporal en indefinida.

²⁵ Se puede observar un análisis cronológico de los distintos pronunciamientos judiciales que dan respuesta a la contratación temporal irregular en el seno de la Administración en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Indefinidos no fijos: una figura en la encrucijada”, *esPúblico*, 2021. Accesible, parte de su contenido, en <https://ignasibeltran.com/2021/02/01/indefinidos-no-fijos-o-la-version-laboral-del-gato-de-schrodinger-ponencia/>. También en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 17 y ss.

²⁶ RJ 8262.

²⁷ Salvo supuestos de incumplimientos especialmente cualificados.

²⁸ Además de en el ámbito universitario (como hemos analizado líneas atrás), resulta llamativa la concatenación de contratos que se produce en el marco sanitario. Ello se agrava con la parca regulación de la ley que rige su estatuto jurídico (LEMPRESS), ya que esta no contiene previsión limitativa alguna en cuanto a la sucesión de contratos de duración determinada. De hecho, el propio TJUE declara en la Sentencia de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18; TJCE 17), que “en esta rama del sector público español existe un problema estructural que se traduce en un elevado porcentaje de empleados públicos temporales, cuya contribución es esencial para el buen funcionamiento de dicho sector, así como en la inexistencia de límites máximos al número de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada y en el incumplimiento de la obligación legal de proveer las plazas ocupadas temporalmente por dicho personal mediante el nombramiento de empleados públicos con relaciones de servicio de duración indefinida”. Con todo, parece que cabría interpretar que este personal estatutario contratado por tiempo determinado pasaría a mantener una relación de carácter indefinido con la Administración, aunque no a adquirir la fijeza de plantilla. Esto siempre que los órganos judiciales españoles estimen que esta medida es adecuada para prevenir y sancionar el abuso en la temporalidad; como, de nuevo, recoge esta sentencia en su apartado 106. Para mayor profundidad, acúdase a MARÍN ALONSO, I.: “El personal estatutario temporal de la administración sanitaria en España: la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la contratación sucesiva sin causa justificativa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, p. 1086.

²⁹ STS de 27 de noviembre de 1989, FJ 2 (RJ 8262).

³⁰ STS de 24 de abril de 1990, FJ 2 (RJ 3490).

Sin embargo, *a posteriori*, se insiste en la tesis contraria a la recién expuesta, de la que es reflejo la STS de 18 de marzo de 1991³¹. Este último pronunciamiento judicial precisa que, como “no puede entenderse (...) que las Administraciones Públicas queden exentas de someterse a la legislación laboral” (cuando, actuando como empresarios, celebren con sus trabajadores contratos de trabajo)³², no se puede negar la fijeza que reconoce el art. 15 ET. Por lo tanto, en el caso de autos, “es claro” que la relación laboral del trabajador ha llegado a ser “por tiempo indefinido”³³. Ahora bien, que este pronunciamiento jurisprudencial, que estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, reconozca la fijeza de la relación laboral de los trabajadores demandantes respecto de la ‘Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León’ no es óbice para que, con ello, no se consienta, “por supuesto, alterar la naturaleza jurídica de la relación laboral afectada, transformándola en administrativa y produciendo la integración del trabajador en el marco funcional”.

Como se indicó, más allá de las divergencias jurisprudenciales iniciales³⁴, en la actualidad se sigue manteniendo (aunque no de manera pacífica y uniforme) la tesis de la STS de 7 de octubre de 1996³⁵, ya citada, que actúa de referencia para la posterior STS de 21 de enero de 1998³⁶, ya citada. En estas se consagra la tesis del trabajador indefinido no fijo como consecuencia de la vulneración de las normas legales que relegan al contrato por tiempo determinado para los supuestos contemplados de manera taxativa en los apartados a), b) y c) del art. 15.1 ET. Asimismo, se tienen en cuenta los requisitos del art. 19 LMRFP, que alude a la convocatoria pública y al necesario “sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”. Como se aprecia, las sentencias ahora señaladas intentan abordar la cuestión dando una respuesta integradora, que respete las normas tanto del ordenamiento laboral como del administrativo, aunque, como resulta obvio, “obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e, incluso, contradictorios”³⁷. En ese afán integrador y de dar una respuesta que no soslaye ninguno de los ordenamientos enumerados, se concluye que el organismo del que dependían los trabajadores en uno de los casos enjuiciados “no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo”, sino que, por el contrario, aquel “está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo, y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”³⁸.

Así las cosas, a la postre, se consagra la ficción jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo, que, como se indica, pese a tener la condición de ‘indefinido’, está sujeto a un régimen extintivo que deriva de la noción de ‘no fijo’, intentando de este modo los tribunales no infringir el necesario respeto a las exigencias legales y constitucionales que caracterizan al

³¹ RJ 1875.

³² *Ibid.*, FJ 2. Entre otras, seguida por la STS de 27 de enero de 1992 (RJ 75) o por la STS de 3 de noviembre de 1993 (RJ 8539).

³³ *Ibid.*, FJ 4.

³⁴ En un primer momento, se entiende que no cabe la calificación de indefinido, aunque en el año 1990 esto se matiza, calificando la situación como interinidad de hecho. Sin embargo, en 1991 se permite la adquisición de fijeza, y, en 1996, se crea la ficción jurisprudencial del indefinido no fijo. Esta última figura ha estado sometida a una constante evolución, conforme se vislumbra en el presente estudio.

³⁵ *Cit.*

³⁶ *Cit.*

³⁷ STS de 21 de enero de 1998, *cit.*, FJ 3.

³⁸ *Ibid.*, FJ 4.

empleo público, como las contenidas en los arts. 23.2 y 103.3 CE. No obstante, pese a que se mantiene, desde el año 1996, una doctrina consolidada respecto de la necesidad de que exista esta figura, su conformación jurisprudencial no ha sido ni lineal ni pacífica, ya que, frecuentemente, su naturaleza jurídica se observa desde posiciones discrepantes (e, incluso, en ocasiones, heteróclitas), lo que hace que esta relación laboral indefinida temporal se califique, de manera sucesiva, como: 1) contrato sometido a condición, 2) contrato temporal, 3) contrato no temporal, 4) contrato sometido a término, así como, de nuevo, 5) contrato temporal. Sobre las consecuencias de esta calificación jurídica, tratan los siguientes epígrafes de la presente investigación³⁹.

2. Su reconocimiento legal

Posiblemente, uno de los puntos más controvertidos de la figura estudiada sea su posible reconocimiento legal, ya que, aunque la admisión normativa del indefinido no fijo parece una cuestión baladí, existen diferentes posiciones doctrinales y judiciales sobre aquel.

La primera de las cuestiones que ha de abordarse es la referencia que el art. 11 EBEP hace al término ‘indefinido’, al abordar aquel la tipología de contratos que puede regir la relación del personal laboral al servicio de la Administración. Dicha alusión no da cabida, desde nuestro punto de vista, a la figura del indefinido no fijo. En primer lugar, el término ‘indefinido’ no contiene las mismas connotaciones que la expresión ‘indefinido no fijo’, ya que, mientras esta última expresión indica que se está ante un trabajador con un contrato sin término señalado, pero que no adquiere la condición de fijeza de plantilla, aquel concepto indica, simplemente, que dicho contrato no tiene término señalado. Así pues, dando una definición en negativo, aquel que tenga un contrato indefinido, además de no estar sometido a término conocido, adquiere la fijeza.

En segundo lugar, como ya se mencionó (*supra* apartado I), el vocablo ‘indefinido’ se ha incluido en el referido texto legal para reconocer, única y exclusivamente, la particular posición que encarnan los profesores de religión, y no, por ejemplo, para aludir a la ficción jurídica del indefinido no fijo, tal y como establece en su fundamento jurídico sexto, la STS de 22 de julio de 2013⁴⁰ (que se tomará como referencia para criticar otros pronunciamientos judiciales). Estos otros pronunciamientos parecen indicar *obiter dictum* que, pese a que resulta obvio que dicha figura es de creación jurisprudencial, ya se encuentra recogida en el EBEP. Para ello, algún pronunciamiento se fundamenta en el simple argumento de que, “en otro caso”, el legislador “no habría empleado el vocablo indefinido y solo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal”⁴¹. Esta posición, además de refutarse con el argumento empleado en el párrafo anterior, resulta criticable, ya que el reconocer formalmente a esta figura como un tipo legal más⁴² (en el sentido que aquí supuestamente se hace) implicaría que, en ese caso, la propia Administración podría, *de motu proprio*, conceder tal condición a determinados trabajadores, que se incorporarían, junto con el resto del personal laboral, como un tipo contractual más

³⁹ En especial, cfr. punto IV y V.

⁴⁰ RJ 7657.

⁴¹ STS de 28 de marzo de 2017 (RJ 1808).

⁴² De ser así, nos aproximaríamos al argumento de que la figura de ‘indefinido no fijo’ se aleja de ser eso mismo, una figura, para ser una modalidad contractual más al servicio de la Administración.

(además del temporal y del fijo)⁴³, y no mediante necesario pronunciamiento judicial, como sanción a la propia actuación irregular de la Administración.

En este sentido, se pronuncia la STS de 22 de julio de 2013⁴⁴, que, en el fundamento de derecho sexto, establece que “las Administraciones Públicas no pueden contratar directamente trabajadores indefinidos, salvo en el caso de los profesores de religión”, y que “los trabajadores contratados a través de los sistemas legales de selección son trabajadores fijos”, como deriva del art. 61.7 EBEP. En sentido semejante, también añade que la inclusión del término ‘indefinido’ se incorporó durante la tramitación del EBEP, “como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos, en las que, junto al personal laboral fijo y al temporal, se añadía el indefinido, con la finalidad de que ‘también el profesorado de religión estuviese contemplado en este artículo’ (BOCG/S 21.2.2007)”, lo que se debe a que “la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 EBEP”.

Más allá del debate, a nuestro juicio baldío (por existir argumentos suficientes que se inclinan hacia una de las tesis, la aquí defendida), sobre si existen referencias a la creación jurisprudencial del indefinido no fijo en el EBEP, cabe señalar que sí existen referencias claras a dicha expresión en la LPGE 2017, que, en su disposición adicional trigésimo cuarta, establece la necesidad de que las Administraciones Públicas se encarguen de velar por la no injerencia en irregularidades que puedan derivar en la declaración de un trabajador como indefinido no fijo mediante sentencia judicial. También se niega, en dicha disposición adicional, la posibilidad de que sea la Administración quien reconozca tal conversión. Asimismo, tímidamente, se proclamaba esta figura en su art. 19, relativo a la no realización del cómputo, dentro del límite máximo de plazas, de aquellas que derivasen de la tasa de reposición de efectivos correspondientes a las plazas del personal declarado indefinido no fijo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la citada disposición adicional trigésimo cuarta de la LPGE 2017, al igual que la décimo sexta⁴⁵, por tratarse “de una medida regulatoria, de carácter sustantivo, que, de acuerdo con la doctrina consolidada de este Tribunal, no puede encontrar acomodo en una ley de presupuestos”⁴⁶. Sin embargo,

⁴³ La Administración, a diferencia de los particulares, puede tutelar por sí misma sus situaciones jurídicas y derechos sin necesidad de acudir a los tribunales; es lo que se conoce como autotutela. En virtud de esta prerrogativa, según la cual los actos administrativos se presumen válidos y producen efectos desde la fecha en que se dictan, ha indicado el TC en su Sentencia de 17 de febrero de 1984 (RTC 22), que “se permite que la Administración emane actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata”. Sin embargo, ello no implica que la propia Administración no tenga límites a sus potestades de autotutela y, de ahí, que infinidad de sentencias recojan, *obiter dictum*, la necesidad de que exista pronunciamiento judicial que declare la condición de ‘indefinido no fijo’, no pudiendo quedar dicha decisión en manos de la propia Administración. Véase, entre otras, la STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2014 (JUR 96176).

⁴⁴ *Cit.*

⁴⁵ La LPGE del año 2018 también contiene referencias a la creación jurisprudencial del indefinido no fijo, aunque dicha cuestión no ha llegado a los tribunales. Por consiguiente, las disposiciones que contienen las precitadas alusiones no han sido declaradas inconstitucionales. Sin embargo, “la coincidencia literal hace aconsejable que cualquier tribunal que deba afrontar la posible aplicación de dicho inciso plantee una cuestión de constitucional para lograr un pronunciamiento expreso al respecto del Tribunal Constitucional” como se recoge en GORDO GONZÁLEZ, L.: “¿Es posible el reconocimiento unilateral de la condición de indefinido no fijo por parte de la Administración?”, *Blog del Instituto de Derecho Local de la UAM*, 2019. Accesible en <<https://www.idluam.org/blog/es-posible-el-reconocimiento-unilateral-de-la-condicion-de-indefinido-no-fijo-por-parte-de-la-administracion/>>.

⁴⁶ STC de 31 de octubre de 2018, FJ 4 (RTC 122).

repárese en que esta declaración de inconstitucionalidad no se debe a razones de fondo, sino a la extralimitación que se produce en lo que debería ser el propio contenido de una ley de presupuestos⁴⁷.

3. La competencia jurisdiccional

Las peculiaridades de la figura analizada, que nace por el desajuste entre la normativa administrativa y la laboral, hacen necesario examinar cuál es el orden jurisdiccional que debe conocer de los conflictos que surjan en torno a la contratación irregular del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Pues bien, como parece derivarse del art. 1 LJS, los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán, entre otras, “de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones Públicas” sobre las materias citadas anteriormente en el mismo precepto, en síntesis, las laborales. En ese sentido, el artículo subsiguiente, relativo a las materias incluidas en la jurisdicción social, incluye diferentes apartados relacionados con cuestiones relativas a la Administración Pública y, en otro sentido, el art. 3 excluye determinados asuntos también referentes a la propia Administración.

Así las cosas, la cuestión abordada en este momento, *a priori*, no parece sencilla de solventar con la simple lectura de la precitada LJS, aunque aparece resuelta por diferentes pronunciamientos judiciales (así como artículos doctrinales) que consideran que “la línea de separación entre la competencia del orden social y la del orden contencioso administrativo se encuentra en el momento de la constitución del vínculo”⁴⁸, ya que, antes de su constitución, el conflicto debe sustanciarse ante el orden contencioso y, tras la misma, ante el orden social. Por lo tanto, en el caso de la contratación temporal ilícita, parece claro que será la jurisdicción social la que debe dirimir el conflicto de su naturaleza y régimen jurídico, en tanto la pugna surge como consecuencia de una actividad irregular de la Administración en un momento posterior al de la constitución del vínculo. Asimismo, la jurisprudencia del TC⁴⁹ ha confirmado “la plena competencia del orden social para conocer de la materia administrativa a título incidental (...) y, en relación, expresamente, con los actos administrativos de regularización del personal indefinido no fijo”⁵⁰.

En definitiva, como se ha profundizado en el punto II.2, el reconocimiento de esta figura ha de derivar de una sentencia judicial y, como se afirma en el presente epígrafe, esta última ha de ser, necesariamente, de un tribunal del orden social⁵¹.

⁴⁷ *A fortiori*, debemos defender la imposibilidad de que la Administración decida, por sí misma, otorgar la calificación de ‘indefinido no fijo’ a algún trabajador, ya que, de ser esto posible, se hubiesen pronunciado los tribunales en contra del contenido de la LPGE del año 2017, y solo la ha hecho el TC por razones que nada tienen que ver con estas, sino, como decimos, por una extralimitación normativa del legislador.

⁴⁸ NORES TORRES, L. E.: “La competencia para resolver los conflictos del personal laboral al servicio de las AA.PP., en particular, los relacionados con las bolsas de trabajo”, *Elderecho.com*, 2014, <https://elderecho.com/la-competencia-para-resolver-los-conflictos-del-personal-laboral-al-servicio-de-las-aa-pp-e-n-particular-los-relacionados-con-las-bolsas-de-trabajo-2>.

⁴⁹ Entre otras muchas, la STC de 14 de octubre de 2013 (RJ 8389), la STC de 22 de octubre de 2013 (RJ 7662) o la antigua STC de 7 de junio de 1994 (RTC 171) surgida a raíz de la expropiación de la sociedad Rumasa S.A, *vox populi* por aquel entonces y en la actualidad.

⁵⁰ SAN de 2 de enero de 2015, FJ 6 (JUR 37928).

⁵¹ Entre otras sentencias, nos encontramos la STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2014 (RJ 96176) que, en su fundamento de derecho tercero, establece que “el personal indefinido no fijo requiere un pronunciamiento judicial del orden social que reconozca esa relación temporal viciada e irregular otorgando el carácter de ‘indefinido’”.

4. El Derecho del Trabajo y su choque con los principios de igualdad, mérito y capacidad típicos del Derecho administrativo. Especial atención a la Directiva 1999/70/CE

Como ya se apuntó, la calificación de indefinido no fijo surge para intentar armonizar, no sin numerosas críticas⁵², la normativa laboral y administrativa en lo que concierne a la vulneración del carácter excepcional que, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene el empleo temporal⁵³ y los requisitos existentes a la hora de devenir empleado público. En el ámbito laboral, el art. 15.1 ET establece que solo se podrá acudir al contrato temporal “cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados (...) y cuya ejecución (...) sea, en principio, de duración incierta”. También “cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran” o, por último, “cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo”, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución. Consecuencia necesaria de esta taxatividad legal del contrato temporal es la presunción⁵⁴ por tiempo indefinido de los contratos temporales celebrados en fraude de ley, prevista en el ya citado art. 15.3 ET.

En otro sentido se pronuncia la legislación administrativa, que se halla marcada por la impronta del art. 103.3 CE, en tanto exhorta a que el acceso a la función pública respete los principios de igualdad, mérito y capacidad⁵⁵. Por cierto, a los efectos aquí analizados, el

⁵² Pese a las críticas existentes en esta materia, huelga destacar que el TC (siendo María Emilia Casas Baamonde presidenta en aquel momento) inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad sobre la figura del indefinido no fijo que pretendía el juzgador que consideraba que “lo procedente sería declarar la nulidad de la contratación, sin perjuicio del abono de los salarios devengados (...) y de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios”. La consideración del juez que plantea la cuestión se plasma en el antecedente de hecho segundo del Auto del TC de 28 de abril de 2009 (RTC 124).

⁵³ Como se recoge en GÁRATE CASTRO, J., *op. cit.*, p. 113, “siempre se podrá concertar un contrato por tiempo indefinido y, en cambio, no siempre se podrán celebrar contratos de duración determinada o temporales”.

⁵⁴ Aunque el precepto recoge, “más que una presunción, que sería en todo caso *iuris et de iure*, la verdadera y única naturaleza que conviene” a estos trabajadores una vez se acredita el fraude, como se indica en GÁRATE CASTRO, J., *op. ult. cit.*, p. 116.

⁵⁵ La importancia de estos principios es capital, en el sentido de que es su existencia la que provoca el nacimiento de la figura del indefinido no fijo, así como la que permite (o impide) que se pueda aplicar esta solución en ámbitos concretos. Por ejemplo, en las recientes SSTs (dos) de 18 de junio de 2020 (RJ 2747 y RJ 2635), el Alto Tribunal estima oportuno otorgar la condición de indefinido no fijo a dos trabajadoras de AENA, S.A., que habían estado desarrollando su prestación laboral temporal en fraude de ley. El TS afirma, en el fundamento de derecho once, la posibilidad de recurrir a la figura del indefinido no fijo en el caso de las sociedades mercantiles públicas [y lo reitera en la STS de 29 de abril de 2021 (JUR 146992)], ya que estamos ante “entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 EBEP”. Esto es así porque “la mentada disposición adicional amplía la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a las ‘entidades del sector público estatal’”; concepto que incluye a las entidades privadas que integran el sector público institucional con fundamento en el art. 2 EBEP. Por lo tanto, si a los empleados de la sociedad mercantil estatal se le aplican los mismos requisitos y principios que al personal de la Administración Pública, nada justifica que se establezca otro remedio (diferente al indefinido no fijo) para paliar la contratación temporal fraudulenta de los mismos. A pesar de las aseveraciones realizadas, ambas sentencias cuentan con el voto particular del Magistrado SEMPERE NAVARRO, según el cual, el término ‘entidades de derecho público’ ‘no abarca casos como el de la Sociedad Anónima AENA’, ya que no parece referirse a las sociedades mercantiles, en tanto estas no son entidades, por mucho que pertenezcan al sector público. Asimismo, “aunque (en contra de lo anterior) se entendiera que una sociedad mercantil de titularidad pública debe subsumirse en el concepto de ‘entidad del sector público’ y someterse a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad, eso no significa que estemos ante una aplicación de exigencia constitucional”. Sería la ley, no la Constitución, la fuente de esas exigencias, por lo que no procedería entonces la determinación de la relación laboral como indefinida y no sometida a fijeza, sino que existen otras

término ‘función pública’ ha de entenderse *lato sensu*, de modo tal que nuestra Constitución no se refiere, únicamente, al cuerpo funcionarial, sino que los referidos principios han de ser los límites que encaucen, también, la contratación del personal laboral.

De manera similar se pronuncia el legislador europeo en la Directiva 1999/70/CE⁵⁶, cuyo objetivo es el prevenir el abuso del contrato de duración determinada, mejorar la calidad del trabajo y las condiciones de los trabajadores sometidos a este tipo de contratos y determinar sanciones en el caso de la violación de sus disposiciones. Pues bien, en su considerando catorce, fija una serie de condiciones mínimas para los contratos de duración determinada, lo que parece horadar en el afán de restringir este tipo de modalidad contractual. Esta inferencia se reafirma con las aseveraciones recogidas en los puntos sexto y séptimo de las consideraciones generales del preámbulo, que inciden en que es el trabajo por tiempo indefinido el que más calidad de vida da a la ciudadanía y, por lo tanto, parece acertado supeditar la existencia del contrato temporal a la concurrencia de elementos objetivos. La Directiva ahora comentada no solo se pronuncia de manera abstracta⁵⁷ (de modo tal que se constituye como una suerte de documento teórico), sino que también alude a los problemas reales que supone el mal uso de la figura del contrato de duración determinada y aboga por establecer un marco para evitar los abusos derivados de, por ejemplo, la utilización de sucesivos contratos temporales. De hecho, para paliar el abuso en la contratación temporal, en la cláusula quinta se recogen un conjunto de “medidas destinadas a evitar la utilización abusiva”, como la consideración general del contrato como indefinido⁵⁸.

Esta Directiva ha prestado especial atención, como se muestra en el considerando once, a la aplicación de dicha disposición a las pequeñas y medianas empresas, a fin de no crear trabas administrativas, financieras y jurídicas para su desarrollo. Asimismo, como se extrae de la cláusula segunda, relativa a su ámbito de aplicación “el presente Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada, cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro”. Sin embargo, pese a ello, no cabe dudar de la aplicación de esta Directiva al personal indefinido no fijo, por mucho que este no sea, *stricto sensu*, un trabajo de duración determinada y se dé en el ámbito de las Administraciones Públicas⁵⁹. De hecho, así lo ha

muchas posibilidades (partiendo de la necesaria determinación de la fijeza de la relación laboral), como puede ser la sanción a la propia empresa.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Por ejemplo, estableciendo el principio de no discriminación, en tanto se establece que no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos por el mero hecho de la duración de su contrato, a menos que se justifique el trato diferente por razones objetivas.

⁵⁸ Después de observar la línea establecida por esta disposición normativa de derecho europeo, podríamos pensar que, *a priori*, no ha sido seguida por el legislador español, en tanto no se han establecido medidas suficientes para paliar la contratación por tiempo determinado de manera efectiva. Sin embargo, en principio, ningún Estado podría apartarse de sus directrices por la exigencia de transposición recogida en el art. 288 TFUE.

⁵⁹ Sobre el marco jurídico de este Acuerdo marco y, en particular, sobre su aplicación a los empleados públicos, *vid.* MORENO VIDA, M. N.: “Medidas frente a la temporalidad abusiva en la administración pública (funcionarios interinos y personal estatutario eventual”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles* (dirigido por GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020, pp. 330-331.

manifestado el TJUE, a partir de una cuestión prejudicial del JS de Granada⁶⁰, concluyendo la plena aplicabilidad del citado Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada a estos trabajadores indefinidos no fijos, al manifestar que carece de importancia a este respecto “que el contrato de trabajo se denomine tras su conversión ‘contrato indefinido no fijo’, dado que, como se desprende del auto de remisión, tal conversión es una sanción por el transcurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza” de estos últimos⁶¹.

Partiendo de la aplicabilidad de las disposiciones de la Directiva 1999/70/CE al personal indefinido no fijo, en ocasiones se han planteado dudas acerca de la adecuación de la figura a la propia cláusula quinta de la mencionada Directiva, que conmina a los Estados, como acabamos de ver, a establecer las medidas necesarias para evitar la utilización sucesiva (y, en tanto, irregular) de contratos o relaciones laborales de duración determinada. En este sentido, la STJUE de 19 de marzo de 2020⁶², apartado 106, ha mantenido una posición ecuaníme y paciente, insistiendo en que dicha cláusula debe “interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables”, si 1) la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, 2) la transformación de dichos empleados públicos en ‘indefinidos no fijos’, y 3) la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, constituyen “medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de esa disposición”⁶³. Con todo, el TJUE⁶⁴ considera que, a su juicio, la medida que la jurisprudencia española ha tenido a bien adoptar (por la falta de regulación legal al respecto) es ineficaz, por lo que cabe concluir que en el Reino de España no existen medidas suficientemente efectivas para sancionar los referidos abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco⁶⁵.

Así las cosas, es en este punto, en el que confluyen la regulación laboral y la administrativa⁶⁶, en el que la jurisprudencia ha creado la figura del indefinido no fijo, que parte del lógico respeto a la CE, pero también presta necesaria atención a la legislación del orden social que afecta al personal laboral⁶⁷, por remisión del art. 7 EBEP. Todo ello, bajo el mandato europeo materializado en la Directiva 1999/70/CE, que acota los límites del trabajo de duración determinada de manera perentoria.

⁶⁰ Formulada a través del Auto del JS nº1 de Granada de 7 de febrero de 2014 (JUR 2016\31370) y respondida por el TJUE en el Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-86/14), apartado 41, accesible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CO0086&from=ES>>.

⁶¹ CAMPOS DAROCA, J. M.: *Empleo público y fraude en la contratación temporal*, Madrid, 2017, p. 63.

⁶² *Cit.*

⁶³ TJCE 17.

⁶⁴ Un análisis de la posición del TJUE se halla, de manera detallada, en CAMPOS DAROCA, J. M., *op. cit.*, pp. 282-286.

⁶⁵ Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014, *cit.*, apartado 50.

⁶⁶ En este punto, *vid.* FERREIRO REGUEIRO, C.: “Crítica sobre la aplicación de la normativa laboral en la Administración Pública”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, 2014, pp. 115-130.

⁶⁷ Muestra de este hecho es la posibilidad de regular los derechos del personal laboral a través de la negociación colectiva. Hoy en día está vigente el III Convenio colectivo único “para el personal laboral de la Administración General del Estado”, aprobado y registrado por la Resolución de la DGT de 3 de noviembre de 2009 (BOE núm. 273, de 12 de noviembre de 2009).

III. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

1. El personal fijo de plantilla

El personal laboral fijo de plantilla es aquel que ha superado un proceso selectivo para obtener una plaza, al igual que sucede con el trabajador que mantiene una relación funcional con la Administración (aunque se diferencia de este, según las connotaciones ya analizadas en el apartado I de este trabajo). Como se observa, la diferencia sustancial del personal fijo de plantilla y el indefinido no fijo es que, este último, no ha superado un proceso selectivo acorde a los principios de acceso al empleo público, sino que dicho trabajador ha sido contratado para realizar una actividad laboral para la Administración durante un periodo concreto y, transcurrido este, aquel sigue desarrollando su trabajo *sine die*. Es en tal momento cuando, como consecuencia de la contratación temporal irregular, surge su reconocimiento como tal figura⁶⁸. Además, la no superación de dicho proceso selectivo es, precisamente, lo que impide que a estos trabajadores se les reconozca la condición de fijo de plantilla. En otras palabras, la condición que permite la existencia del personal fijo de plantilla es, a su vez, la que provoca que surja la figura del indefinido no fijo. De lo contrario, se estarían vulnerando principios básicos de la contratación pública, como son el principio de igualdad, mérito y capacidad, desarrollados con mayor profundidad en el punto II.4 del presente trabajo.

Finalmente, huelga profundizar, pues se aborda en sucesivos apartados⁶⁹, en la distinción entre el personal laboral fijo y el personal laboral indefinido. También huelga insistir ahora en que, según la STS de 7 de octubre de 1996, ya citada, la vulneración de las normas que rigen la contratación temporal realizada por la Administración no puede derivar en la declaración de fijeza, sino en el reconocimiento de la relación laboral mantenida con el trabajador (contratado en un primer momento de manera temporalmente acotada) como indefinida no fija. En definitiva, la categoría ‘personal laboral fijo’ incluye a todos los trabajadores que ya han superado un procedimiento de selección reglamentario y, en consecuencia, forman parte de la plantilla laboral de la Administración, mientras que el indefinido no fijo es aquel trabajador que, temporalmente⁷⁰, tiene una vinculación laboral con la Administración, como consecuencia del fraude en la contratación por tiempo determinado.

2. El personal laboral subrogado

En virtud del art. 130.3 LCSP, existen algunos supuestos en los que la Administración Pública tiene la obligación de subrogación respecto de unos determinados trabajadores⁷¹. Así, se prevé que, “en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada

⁶⁸ Que ha de surgir mediante el necesario pronunciamiento judicial. Véase el apartado II.2 del presente estudio.

⁶⁹ Entre otros, cfr. el epígrafe II.2.

⁷⁰ De acuerdo con el desarrollo hecho en el punto V de este trabajo, la relación del personal laboral indefinido no fijo con la Administración se mantiene temporalmente como solución a la contratación temporal ilícita, de modo tal que, en un determinado momento, cesará su situación; bien sea porque dicho personal se convierte en personal laboral fijo de plantilla, bien porque es despedido según lo exigido por la normativa laboral vigente.

⁷¹ Esta obligación de subrogarse se produce en distintos supuestos que se analizarán en las siguientes líneas. Sin embargo, huelga advertir que el alcance de la precitada obligación será distinto en función de cada supuesto.

a la subrogación del personal que lo prestaba, si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”⁷².

La Administración de que se trate tendrá la obligación de subrogar al personal laboral si, en primer lugar, lo establece una norma legal. En este caso, se aplica el art. 44 ET, que exige que el nuevo empresario quede subrogado “en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social” cuando se produzca “el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”. En tal caso, existe sucesión de empresa⁷³, tal y como matiza el número dos del precitado artículo⁷⁴, “cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad⁷⁵, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Precisamente, este artículo del ET está de actualidad, ya que, en los últimos años, el debate político repara en la necesidad de recuperar la gestión directa de servicios públicos que, en momentos anteriores, se habían privatizado. Esto es, desde comienzos de los años noventa, en nuestro país surgió una vorágine privatizadora (eufemísticamente llamada ‘externalizadora’) de los servicios públicos, especialmente, los esenciales, como la sanidad, la limpieza⁷⁶ y otros similares. Esta tendencia cambia a partir del año 2015, por la decisión de la mayor parte de las Administraciones Públicas (en particular, las autonómicas y locales) de revertir dichos servicios y, de este modo, volver a asumir la gestión directa de los mismos, lo que deriva en una serie de problemas desde el punto de vista del Derecho del Trabajo. En definitiva, el art. 130.3 LCSP, cuando se refiere a la subrogación por imperativo legal, hace referencia a un tipo específico de sucesión de empresa, que se infiere fundamentalmente del art. 44 ET, que, en el caso de contratos celebrados por la Administración, pasa a llamarse ‘reversión de los servicios públicos’⁷⁷. Por todo ello, en este punto, resulta imprescindible una reforma normativa que, de manera clara, resuelva la cuestión de la subrogación de la plantilla de la empresa privada, a partir del momento en el que dicho servicio pasa a ser prestado, de nuevo, por una Administración Pública.

Sin embargo, el hecho de que ahora se cite el art. 44 ET no indica que no existan otras normas que obliguen a la Administración Pública en el sentido del art. 130.3 LCSP, ya que, de

⁷² Destaca la reciente STSJ de Asturias de 2 de marzo de 2021 (JUR 138390), que estima la subrogación de los trabajadores con contrato de relevo *ex* art. 44 ET, pese a que el convenio colectivo sectorial establece la inaplicación del mecanismo de subrogación convencional respecto de los trabajadores con dicho contrato.

⁷³ En materia de sucesión de empresas existen numerosas cuestiones prejudiciales de diversa índole, algunas de ellas incluidas en la STJUE de 7 de agosto de 2018 (asunto C-472/16; TJCE 156). Véase GÁRATE CASTRO, J.: “Sobre las condiciones bajo las cuales la reversión o el cambio de adjudicatario de un contrato de servicios constituyen una transmisión de empresa que no afecta a la licitud del despido colectivo total decidido por el adjudicatario saliente”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia...*, ya citado, pp. 159-170.

⁷⁴ Este artículo (art. 44.2 LCSP) fue reformado a comienzos de siglo por la necesidad de ejecutar la transposición de la Directiva 2001/23/CE.

⁷⁵ El concepto ‘identidad’ deriva de la definición que el propio art. 1 Directiva 2001/23 hace del término traspaso. Este ha sido interpretado por el TJUE en diferentes ocasiones y se considera que “supone el mantenimiento del vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre esos factores”, tal y como se extrae del apartado 47 de la STJUE de 12 de febrero de 2009 (asunto C-466/07; TJCE 29).

⁷⁶ A este respecto, *vid.* MELLA MÉNDEZ, L.: “Sucesión de empresa: no existe en la reversión de contratos de limpieza sin asunción de plantilla”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia ...*, ya citado, pp. 129-136.

⁷⁷ Esta tiene especial trascendencia en el ámbito local y, de hecho, habitualmente se le conoce en términos genéricos como ‘remunicipalización de los servicios públicos’. En esta materia, acudir a MELLA MÉNDEZ, L.: “La reversión de servicios a la Administración Pública: puntos críticos desde la perspectiva laboral”, en el volumen AAVV: *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones públicas* (dirigido por GARCÍA MURCIA, J.), Ministerio de Trabajo, Madrid, 2021, en prensa.

hecho, cualquier norma con rango de ley puede establecer dicha subrogación. Por ejemplo, la LRSP estableció, para una serie de puestos de trabajo que iban a desaparecer como consecuencia de la eliminación de una serie de unidades administrativas, la incorporación de los trabajadores afectados a un nuevo organismo como personal a extinguir⁷⁸.

El segundo tipo de subrogación previsto en el art. 130.3 LCSP es la de naturaleza convencional. En este caso, es el propio convenio colectivo el que detalla todo su régimen jurídico, ya que, de no existir dicha previsión, nada obligaría a la propia Administración a subrogar al personal afectado. Se aprecia así, como el hecho de que se deje esta facultad a la negociación colectiva en el sector público, provoca que todo lo concerniente a la continuidad laboral de los contratos descansa en la propia regulación del convenio⁷⁹. Ello es posible debido al carácter de desarrollo mínimo que hace la propia Directiva 2001/23/CE, que, expresamente⁸⁰, permite la aplicación de convenios colectivos⁸¹ “más favorables para los trabajadores”.

En este caso, tal y como deriva del art. 130.3 LCSP, se excluye cualquier otro instrumento como vinculante para que la Administración se vea afectada por la obligación de subrogación. Esta idea aparece confirmada por pronunciamientos judiciales que, de manera rotunda, insisten en que la obligación de subrogación “solo puede derivar de la aplicación del régimen jurídico de la sucesión de empresa previsto en el art. 44 ET (en aquellos casos en que el cambio de contratista va acompañado de la transmisión de una entidad económica entendida en los términos de dicho precepto) o en otra norma legal o, si estos preceptos no resultan aplicables, cuando la subrogación esté prevista en el convenio colectivo que resulte aplicable”⁸². Pese a ello, “la jurisdicción social admite la posibilidad de que la subrogación de los trabajadores venga impuesta por los pliegos de cláusulas administrativas particulares, aunque en sentido contrario se pronuncian, como se verá más adelante, la jurisdicción contencioso-administrativa y la doctrina de los órganos consultivos en materia de contratación pública y de los Tribunales independientes que conocen de los recursos especiales en materia de contratación”⁸³.

3. El interino por vacante

El interino por vacante y el indefinido no fijo tienen numerosas similitudes, aunque, sobre todo, diferencias sustanciales que permiten observar la naturaleza poco semejante de estas dos figuras. En efecto, el interino por vacante⁸⁴ es aquel sujeto que está vinculado por un contrato

⁷⁸ Tal y como se recoge de manera profusa en ESTEBAN MIGUEL, A.: “La obligación de la Administración de subrogarse en el personal de la empresa contratista”, *Blog IDL-UAM*, Madrid, 2018, <https://www.idluam.org/blog/la-obligacion-de-la-administracion-de-subrogarse-en-el-personal-de-la-empresa-contratista/#:~:text=130.3%20LCSP%20dispone%20que%20en,colectivo%20o%20un%20acuerdo%20de>.

⁷⁹ STS de 27 de septiembre de 2018 (RJ 4619).

⁸⁰ En el apartado 8.

⁸¹ Para mayor profundización en lo concerniente a la negociación colectiva, *vid.* AAVV: *As sesenta e sete dúbidas mais frecuentes na negociación colectiva* (coordinado por MANEIRO VÁZQUEZ, Y. y MIRANDA BOTO, J. M.), Consello Galego de Relacións Laborais, Santiago de Compostela, 2015.

⁸² STS de 18 de junio de 2019, FJ 2 (RJ 2437).

⁸³ MADRIGAL ESTEBAN, M. J. y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez 40-2015*, Madrid, 2015, pp. 33-34.

⁸⁴ El interino por vacante se diferencia del interino por sustitución en que este último sustituye a un trabajador que mantiene una reserva de su puesto de trabajo, por lo que su vínculo con el empleador se mantendrá el tiempo que el trabajador sustituido tenga reserva de puesto. *Ergo*, no puede darse en estas circunstancias la problemática que provoca la conversión del trabajador en indefinido no fijo, por lo que el análisis de esta figura (el interino

de duración determinada, celebrado con el objetivo de “cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su provisión definitiva”⁸⁵. *A contrario sensu*, el personal indefinido no fijo, necesariamente, ha de ser personal laboral al que se le reconoce tal condición por medio de resolución judicial, lo que genera el derecho a una plaza de manera indefinida, pero no fija, ya que, a pesar de que no hay un término concreto, si la plaza se cubre de manera legal, el trabajador afectado cesará su relación con la Administración.

A comienzos del siglo XXI se defendía que la extinción de los contratos de los interinos por vacante se producía “no solo al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura, sino también por la amortización de la plaza vacante ocupada, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato”⁸⁶. Así pues, pese a las alejadas conceptualizaciones de ambas figuras, la jurisprudencia y la doctrina entendían que la extinción por amortización de la plaza era “perfectamente extrapolable a las relaciones indefinidas no fijas”, pues ambas figuras “describen situaciones idénticas, dado que se trata de contratos también sometidos a condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por lo tanto, cuando por amortización no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue *ex arts. 49.1.b) ET y 1117 CC*”⁸⁷. En efecto, como se desarrollará en el epígrafe V.2.2 de este trabajo, en el año 2014 se rompe con esta doctrina. Esto se debe al cambio en la calificación jurídica del contrato laboral del indefinido no fijo, lo que provoca que, ni en el caso de este trabajador, ni del interino por vacante, se pueda producir la extinción de la relación laboral por amortización de la plaza vacante ocupada. Sin embargo, este cambio de naturaleza jurídica no hace más que demostrar que, como se viene defendiendo, pese a las diferencias sustanciales entre estas figuras, existen puntos en los que ambas confluyen y su devenir es similar.

Por otro lado, frecuentes son los litigios en los que se pretende que la superación del plazo del artículo 70.1 EBEP⁸⁸ implique que el personal interino se convierta, mediante resolución judicial, en indefinido no fijo, por la superación del plazo contenido en dicho artículo. En sentido contrario se pronuncia nuestro Alto Tribunal, que, en una Sentencia de 14 de enero de 2021⁸⁹, reitera que el citado precepto del EBEP solo impone “obligaciones a las Administraciones Públicas fijando un plazo de tres años para la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar, sin que lo establecido en ese precepto permita concluir que la mera superación del plazo de tres años, sin que se haya producido fraude o abuso en la contratación, pueda tener como consecuencia la novación de los contratos de interinidad por vacante”⁹⁰. Asimismo, según el referido Tribunal, tampoco se puede entender que el plazo de

por sustitución) carece de interés para el presente estudio. De hecho, las sentencias del orden jurisdiccional social relativas a los contratos de interinidad por sustitución suelen radicar en determinar si, a la válida finalización del contrato, corresponde al empresario abonar la indemnización de veinte días por año de servicio [prevista en el artículo 53.1.b) ET para la extinción por causas objetivas]. Entre otras, esto se aprecia en la STS de 18 de junio de 2019 (RJ 2818) o en la STS de 18 de mayo de 2021 (JUR 178780).

⁸⁵ VILLALBA SÁNCHEZ, A.: “Derecho del Trabajo”, en el volumen AAVV: *Manual de conceptos jurídicos básicos*, dirigido por ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., COLEX, Santiago de Compostela, 2021, p. 262.

⁸⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *op. ult. cit.*, p. 26.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 27.

⁸⁸ Que indica que, “en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”.

⁸⁹ RJ 29. Previo pronunciamiento en la STS de 24 de abril de 2019 (RJ 1941).

⁹⁰ *Ibid.*, FJ 3.

tres años se haya de concebir como la duración máxima que han de tener estos contratos, ya que dicho plazo solo afecta a la ejecución de la oferta de empleo público⁹¹.

Sin embargo, estos pronunciamientos judiciales se ven matizados porque, el Consejo de Ministros, reunido el martes 6 de julio de 2021, ha aprobado el Real Decreto Ley 14/2021 de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público⁹², en la dirección que ya se preveía en el componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia⁹³, que, entre otras líneas de actuación, ahondaba en la necesidad de reducir los altos niveles de temporalidad y precariedad en las Administraciones Públicas. Entre otras circunstancias, se incluyen una serie de sanciones a la Administración, entre las que destaca el hecho de que una vez transcurran tres años desde el nombramiento del personal funcionario interino, se producirá el fin de la relación de interinidad⁹⁴. Además, se prevé la reforma del EBEP, en concreto, de su art. 10, que recogerá cuatro modalidades de interinidad en relación con la causa y el término de dicho contrato. Con todo, más adelante (*infra* punto IV y punto V.3) se harán una serie de matizaciones respecto de la realidad jurídica de los interinos, entre otras razones, por el nacimiento de una reciente jurisprudencia en materia de indemnización por el cese de la relación laboral y por la aprobación, en el ya citado Consejo de Ministros, de otros extremos que afectan a este tipo de empleados públicos.

4. El fijo discontinuo

El trabajador fijo discontinuo es aquel trabajador fijo que presta servicios durante un cierto período anual que se repite en los años sucesivos, por lo que el contrato de trabajo fijo discontinuo es “aquel contrato de duración indefinida cuya prestación de servicios, pese a pertenecer al volumen normal de la empresa, se desarrolla de manera intermitente, discontinua, por periodos o ciclos que se reiteran a lo largo del tiempo y cuya repetición no tiene lugar en fechas ciertas” (art. 16 ET), como sucede con aquellos trabajos cuya ejecución “depende de ciclos naturales”⁹⁵. Esto es, el trabajador tiene el deber de cumplir con la prestación a la que se compromete por medio del contrato durante una cierta temporada cada año, cuya entidad vendrá determinada por la duración de la actividad. Por ejemplo, la recogida de la fresa, que se repite, año a año, en fechas que, más o menos, comienzan y finalizan siempre en el mismo momento. Otro ejemplo podría ser el de las brigadas forestales, que, de hecho, tienen importancia como modelo polémico a efectos del desarrollo de este trabajo. Y ello, debido a que existen multitud de procesos judiciales abiertos entre estos trabajadores y las Administraciones que los contratan, en los que aquellos reclaman el reconocimiento de su condición de indefinidos no fijos⁹⁶.

⁹¹ Cfr., por ejemplo, las siguientes SSTS de 13 y 27 de abril de 2021 (JUR 137381 y 173042, respectivamente) y de 18 y 19 de mayo de 2021 (JUR 179513 y 179468, respectivamente).

⁹² El acuerdo adoptado en la reunión del Consejo de Ministros, ya citada, se puede encontrar en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2021/refc20210706.aspx#público>.

⁹³ Este Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), elaborado por la Presidencia del Gobierno de España en octubre de 2020, persigue (tal y como se extrae del mismo) la reconstrucción económica, sólida, inclusiva y resiliente tras la crisis de la COVID-19 e intenta responder a los retos de la próxima década. Es accesible en <<https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/areas-prioritarias/Paginas/PlanRecuperacion.aspx>>.

⁹⁴ Esta vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo quede desierto, en cuyo caso, se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino.

⁹⁵ VILLALBA SÁNCHEZ, A., *op. ult. cit.*, p. 263.

⁹⁶ Entre otras, destaca la STS de 3 de diciembre de 2020 (RJ 502), que versa, tal y como se indica en el fundamento de derecho primero, sobre un conflicto colectivo que “afecta al personal temporal e indefinido no

De lo comentado hasta ahora puede parecer dudoso que, a estos trabajadores brigadistas, fijos-discontinuos, a menudo se les reconoce mediante sentencia judicial la condición de indefinido no fijo, por lo que, a partir de ahí, cabe cuestionarse también la existencia de la figura del ‘indefinido no fijo discontinuo’. La respuesta ha de ser afirmativa, ya que, en estos supuestos, la actividad desempeñada por los bomberos forestales “en las campañas contra incendios de cada temporada anual es de carácter fijo discontinuo, y eso determina que la contratación de los trabajadores que prestan estos servicios ha de atenerse, necesariamente, a esa específica modalidad del contrato de trabajo”⁹⁷. Así, ha de considerarse “indefinida no fija la naturaleza del vínculo contractual cuando la empleadora es una administración pública y concurren los presupuestos legales que conducen a esa calificación, por haber sido contratado el trabajador en fraude de ley, sin respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”⁹⁸.

Sin embargo, la apreciación de la contratación en fraude de ley solo procede si el trabajador ya estuvo contratado con anterioridad (antes de 2012, en el caso de la sentencia ahora citada) bajo la modalidad de obra o servicio determinado y, por consiguiente, aquella era indefinida no fija discontinua desde la primera de las campañas de verano en la que el trabajador participó, siendo ineficaz la pretendida novación en contrato de interinidad por vacante⁹⁹. Si el trabajador ha sido contratado, por primera vez, en calidad de interino por vacante, “no hay una relación laboral precedente que deba calificarse en fraude de ley”, por lo que no puede “cuestionarse, por este solo motivo, la perfecta validez del contrato de interinidad para cubrir un puesto de trabajo fijo discontinuo, que se encuentra debidamente dotado y comprendido en la relación de puestos de trabajo aprobada por la Administración”¹⁰⁰. En relación con lo recién expuesto, y ampliando el punto III.3, cabe indicar que la Administración “puede recurrir a la contratación de interinos por vacante para atender los puestos de trabajo que carezcan de un titular”, por lo que no hay ningún inconveniente en “utilizar esa misma fórmula en relación a una actividad de carácter fija discontinua cuyas plazas estén ya dotadas, aprobadas e incluidas en la relación de puestos de trabajo, en tanto se proceda a su cobertura definitiva por el procedimiento reglamentario que corresponda”, como se prevé en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia TS ahora citada.

Al margen del debate suscitado en cuanto a los brigadistas, aunque dicha controversia se pueda extender a otras casuísticas genéricas, resulta necesario indicar que el hecho de que los trabajadores fijos discontinuos trabajen durante un tiempo determinado todos los años (por la concurrencia de la circunstancia que hace que se repita secuencialmente el trabajo objeto de la necesidad de la prestación) obliga a reconocer la existencia de un contrato indefinido, y no temporal. Por lo tanto, se aprecia, aquí, la primera característica común entre el trabajador indefinido fijo discontinuo y el trabajador indefinido no fijo.

Este ‘indefinido fijo discontinuo’ también se diferencia (y, de hecho, aquí radica la connotación esencial de un contrato fijo discontinuo) del contrato temporal eventual. Así,

fijo del Servicio de Prevención y Defensa Contra Incendios Forestales de la *Xunta de Galicia*, perteneciente a las diferentes categorías de bomberos forestales”.

⁹⁷ STS de 11 de abril de 2018, FJ 4 (RJ 1851).

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

mientras este contrato eventual está justificado “cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular, la del fijo discontinuo concurre cuando (con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa), el trabajo es “de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados, pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad”¹⁰¹.

Finalmente, el derecho de estos trabajadores fijos discontinuos al percibo de trienios y sus diferencias (o similitudes) respecto del personal indefinido no fijo será abordado en el epígrafe IV.4 de este trabajo.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO (I): DERECHOS DEL INDEFINIDO NO FIJO

Partiendo del conocimiento del ET y de la Directiva 1999/70/CE, parece inoperante referirse a una serie de derechos concretos para analizar si el trabajador indefinido no fijo puede disfrutar o no de los mismos. Y ello porque, en ambos textos legales, se prevé el principio de la equiparación de derechos para los trabajadores temporales respecto de los fijos. Por lo tanto, no resulta lógico, desde el punto de vista jurídico, que al trabajador que adquiere la categoría de indefinido no fijo como vulneración de la normativa que limita la utilización del contrato por tiempo determinado, no se le reconozcan los mismos derechos que al resto de trabajadores.

En concreto, el art. 15.6 ET establece que “los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida”. En sentido semejante, se pronuncia la cláusula cuarta de la Directiva anteriormente citada, que, en referencia al principio de no discriminación, señala que, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los fijos comparables, por el mero hecho de tener un contrato temporal.

Sin embargo, con fundamento en la STC de 2 de julio de 1981¹⁰², no “toda desigualdad constituye, necesariamente, una discriminación”, ya que “la igualdad es solo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada”, debiendo existir “una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”. En consecuencia, con base en el fundamento jurídico tercero de la precitada sentencia, se puede respetar el principio de trato no menos favorable para los trabajadores temporales respecto de los indefinidos, aun concediendo derechos diferentes *a los hunos de los hotros*¹⁰³. Esta diferencia resulta aceptable siempre y cuando exista justificación, sustentada, por ejemplo, en la naturaleza jurídica de ambos contratos. Con todo, como con el resto de aspectos relativos a la figura del indefinido no fijo, la jurisprudencia se ha pronunciado en diferentes sentidos.

¹⁰¹ *Ibid.* En el mismo sentido se pronuncia la STS de 19 de enero de 2010 (RJ 3103), la STSJ de Navarra de 5 de octubre de 2011 (AS 2012\873) o la STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2014 (AS 1030) sobre trabajadores fijos discontinuos.

¹⁰² FJ 3 (RTC 22).

¹⁰³ Expresión empleada en honor al escritor y filósofo perteneciente a la Generación del 98, Miguel de Unamuno y Jugo.

1. Promoción profesional

El art. 4.2.b) ET prevé el derecho “a la promoción y formación profesional en el trabajo” como desarrollo de la previsión constitucional contenida en el art. 35.1 CE, que se refiere, entre otros deberes y derechos, “a la promoción a través del trabajo”. Del mismo modo que se pronuncia el ET, el EBEP establece el derecho a la progresión en la carrera profesional y la promoción interna para el personal eventual (art. 12), para los funcionarios de carrera (arts. 16.1 y 18), así como para el personal laboral (arts. 18 y 19). De manera genérica, se refieren a dicho derecho otros preceptos, como los arts. 37 y 41, así como la disposición adicional undécima del propio EBEP.

Pues bien, a partir de la lectura de la regulación legal imperante en esta materia, nada parece negar que los trabajadores indefinidos no fijos puedan gozar de tal derecho a la promoción profesional, máxime cuando existen previsiones constitucionales al respecto, y ello a pesar de algunos pronunciamientos judiciales en sentido opuesto. Destaca en esta materia, la STS de 2 de abril de 2018¹⁰⁴, que, para afirmar el derecho a la promoción profesional de estos trabajadores, cuestiona dos extremos: la vinculación a una concreta plaza del personal indefinido no fijo¹⁰⁵ y la sujeción del convenio colectivo a los principios que rigen el empleo público y al ET¹⁰⁶. En cuanto a la primera de las cuestiones (que es la que verdaderamente nos interesa a efectos de realizar un análisis en abstracto de la propia figura del indefinido no fijo, alejándonos de casuísticas concretas) y en relación con las diferencias analizadas en el punto III.3 del presente trabajo (respecto del interino por vacante), el TS establece¹⁰⁷ que la figura del indefinido no fijo tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia el trabajador fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe deba ser objeto de amortización o de convocatoria, por lo que, en el ámbito del personal afectado por este conflicto, sí puede cambiarse de destino y mantener su naturaleza como indefinido no fijo. Y esto es así porque, a diferencia de lo que sucede con las interinidades puras (la desconexión de la plaza desempeñada genera su desnaturalización como contrato temporal)¹⁰⁸, en el caso de los indefinidos no fijos no se produce una desnaturalización de su naturaleza jurídica. Más claramente, el mero cambio de puesto de trabajo no convierte al trabajador en fijo de pleno derecho. En efecto, el trabajador indefinido no fijo no se encuentra vinculado con un puesto de trabajo concreto, aunque ello pudiera ser así cuando inició su relación contractual con la Administración, en tanto trabajador temporal¹⁰⁹.

¹⁰⁴ RJ 2102. Véase también la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de junio de 2016 (AS 1400) que también recoge el reconocimiento del derecho a participar en los procesos de promoción y reclasificación profesional de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 del Convenio Colectivo de aplicación al personal indefinido no fijo en igualdad de condiciones que al personal fijo y fijo discontinuo.

¹⁰⁵ *Ibid.*, FJ 3.

¹⁰⁶ *Ibid.*, FJ 4.

¹⁰⁷ *Ibid.*, FJ 3.

¹⁰⁸ En sentido contrario, respecto del favorecimiento de la conciliación familiar, se pronuncia la STC de 18 de diciembre de 2017 (RTC 149) que, según prevé en su fundamento de derecho quinto, no se trata de un proceso de promoción interna al uso, sino que en él se solicita una permuta “entre dos trabajadoras que, además de pertenecer al mismo grupo y categoría profesional, tenían la misma condición de interinas, en cuanto contratadas temporalmente en régimen de interinidad por vacante”. Por lo tanto, el cambio, o más exactamente intercambio de sus puestos de trabajo, no hubiese producido variación alguna en la calificación de sus respectivos contratos.

¹⁰⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 140-141, en referencia a RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J. I.: “Indefinido no fijo, régimen jurídico y extinción del contrato”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, 2015, p. 175.

En cuanto al segundo de los aspectos tratados por la sentencia ahora comentada¹¹⁰, resulta relevante destacar que el TS parece permitir la exclusión por parte de los convenios colectivos de los derechos de promoción del indefinido no fijo, al indicar que dicho convenio no “excluye a quienes poseen la condición de indefinidos no fijos”, lo que, de modo implícito, parece indicar que podría hacerlo.

Sin embargo, en otras ocasiones, especialmente con anterioridad a la SAN de 2 de enero de 2015¹¹¹ (que se analizará en el siguiente epígrafe), los tribunales habían negado¹¹² la posibilidad de que el trabajador pudiese, dentro de la Administración Pública, cambiar de plaza tras la adquisición de la condición de indefinido no fijo, ya que el reconocimiento judicial abarca, según indicaban, el derecho “a ocupar la plaza durante el tiempo que fuese necesario, debido a la existencia de una necesidad estructural”. Desde nuestro parecer, siguiendo la tesis actual, este argumento solo tiene cabida para el contrato temporal, dado que, por su propia causalidad, aquel se halla estrictamente vinculado a un puesto de trabajo concreto¹¹³, y, de hecho, es la existencia de ese concreto puesto de trabajo el que justifica la necesidad de contratar, durante tiempo cierto, al trabajador. Sin embargo, el ingreso del personal fijo de plantilla al servicio de las Administraciones y demás entes públicos “no se produce en puestos concretos, sino que lo que se convocan para su cobertura son plazas genéricas de determinados cuerpos o escalas”¹¹⁴. Por lo tanto, por la propia naturaleza jurídica del trabajador indefinido no fijo (que, como consecuencia de la contratación temporal ilícita, ha pasado a ser un trabajador dotado de estabilidad laboral, aunque no de fijeza), la causa que le niega este derecho ha de desaparecer, por estar el citado sujeto desarrollando un trabajo que responde a una suerte de necesidades permanentes de la Administración, quedando desvinculada su relación laboral con esta, de la supuesta temporalidad de un concreto servicio u obra, que no era tal.

2. Movilidad laboral

La movilidad laboral puede calificarse de funcional o geográfica. Pues bien, la movilidad funcional¹¹⁵ consiste en un cambio de funciones del trabajador dentro de la empresa como consecuencia de una decisión empresarial cuyo régimen jurídico se halla en el art. 39 ET. Además, esta se ha de efectuar de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador. En otro sentido, la movilidad geográfica se produce por el traslado o desplazamiento del trabajador a otro centro de trabajo, en distinta localidad, que exija cambio de residencia (art. 40 ET)¹¹⁶. Para que estos cambios se ajusten a derecho, han de producirse por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial.

¹¹⁰ STS de 2 de abril de 2018, *cit.*, FJ 4.

¹¹¹ JUR 37928.

¹¹² Entre otras, la STS de 3 de mayo de 2006 (RJ 7073).

¹¹³ Incluido, o no, en la RPT, conforme al art. 74 EBEP.

¹¹⁴ STS de 3 de mayo de 2006, *cit.*, FJ 6.

¹¹⁵ Para mayor profundización en la materia, acudir a GÁRATE CASTRO, J.: “La movilidad funcional (art. 39)”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 2000, pp. 831-850. También GÁRATE CASTRO, J.: “Movilidad funcional en la empresa”, *Actualidad laboral*, 1993, pp. 655-668.

¹¹⁶ Guía Laboral del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, NIPO 854-19-094-8, https://www.mites.gob.es/es/Guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_15_2.htm.

En cuanto a la modalidad del traslado¹¹⁷, este se produce “cuando el trabajador, que no haya sido contratado específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, sea destinado a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que le exija cambios de residencia, de forma definitiva, o cuando un desplazamiento exceda de doce meses en un período de tres años”¹¹⁸. De modo similar, en lo referente a los desplazamientos temporales, “las empresas podrán desplazar temporalmente a sus trabajadores a otros centros de trabajo que exijan la residencia en población distinta de la de su domicilio habitual, siempre que este período sea inferior a doce meses en tres años”¹¹⁹. Pues bien, en el caso del personal al servicio de las Administraciones Públicas, el EBEP regula, de modo pormenorizado, la movilidad (en su Capítulo III, Título V). De manera específica, el art. 83 EBEP permite la movilidad del personal laboral, y en el artículo siguiente se profundiza en la movilidad voluntaria. Sin embargo, la modalidad forzosa de la movilidad sólo se contempla tímidamente en el art. 81.2 EBEP, para los funcionarios de carrera.

A partir de estas premisas (la definición de movilidad en el ámbito laboral y la existencia de regulación de esta para el personal contratado por las Administraciones Públicas), cabe traer a colación la SAN de 2 de enero de 2015¹²⁰, que resulta clara sobre el reconocimiento del derecho a la movilidad de los trabajadores indefinidos no fijos, al establecer que “el trabajador indefinido no fijo trasladado sigue siendo indefinido no fijo y no se convierte en un trabajador fijo de pleno Derecho por el mero hecho del cambio de puesto de trabajo”¹²¹. Por consiguiente, “no hay norma que impida su movilidad, ni voluntaria ni forzosa, puesto que tal movilidad no tiene efectos sobre su particular estatuto ni sobre su propio contrato”¹²². Tras el referido pronunciamiento, son varias las sentencias que han seguido esta tesis¹²³. Así las cosas, el TS en su Sentencia de 31 de marzo de 2015¹²⁴ ha rechazado la negación del derecho de preferencia de elección (a los trabajadores fijos) para ocupar las plazas que, en su caso, se incrementen para los empleados que se hayan visto afectados por la movilidad. Según el Alto Tribunal, no se está ante la simple distinción entre contratos laborales en atención a su duración, toda vez que los términos que aquí se comparan son los trabajadores fijos respecto de aquellos que no los son, y no el contrato por tiempo indefinido y el contrato temporal¹²⁵. En virtud de lo afirmado, la citada decisión judicial afecta, también, a los trabajadores que han sido declarados indefinidos no fijos.

Como se ve, en lo que respecta a la movilidad, el estatuto jurídico del trabajador indefinido no fijo se halla delimitado, porque, en tanto su contrato no es fijo, se ha de rechazar que en su haber cuente con el derecho de preferencia de elección a la hora de ser trasladado. Esto es, el reconocer la igualdad de trato entre los trabajadores indefinidos y aquellos cuyo contrato está dotado de fijeza (en lo que concierne a los procesos de movilidad geográfica) podría implicar

¹¹⁷ Ya sea individual o colectivo.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Cit.*

¹²¹ *Ibid.*, FJ 6.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Tal y como se recoge en CAVAS MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 143-144, las primeras sentencias en seguir la tesis de la Audiencia Nacional son la STS de 21 de julio de 2016 (RJ 4515) y la STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de junio de 2015 (AS 1708) y la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de junio de 2016, ya citada, entre otras.

¹²⁴ RJ 1505, relativa a los criterios de permanencia establecidos en el Acuerdo sobre movilidad geográfica forzosa de los trabajadores de AENA.

¹²⁵ *Ibid.*, FJ 3.

que un trabajador temporal, entendido *lato sensu*, “permaneciera en el mismo destino y se trasladara a otro trabajador fijo, produciéndose, posteriormente, la finalización del contrato del primero”. En tal hipótesis, el sujeto desplazado podría utilizar “la preferencia para volver a solicitar una plaza en su lugar de origen”, lo que, de llegar el caso, “provocaría una nueva movilidad de la misma persona en un camino de ida y vuelta, que, difícilmente, casa con la necesidad de reorganización” de la que sería fruto el proceso de movilidad.

Por lo tanto, pese a que al indefinido no fijo se le reconoce el derecho a la movilidad *obiter dictum*, se mantiene la preferencia de elección del trabajador fijo¹²⁶. Para sustentar tal decisión, el Alto Tribunal considera que “la utilización del criterio de preferencia de los trabajadores fijos no es extraño a nuestro ordenamiento jurídico”¹²⁷, existiendo, incluso, normas que lo consagran, de modo expreso, para aspectos concretos¹²⁸.

3. Excedencia voluntaria o forzosa

En el Título VI del EBEP se hace referencia a las situaciones administrativas de los funcionarios y del personal laboral¹²⁹, ya que, a tenor de lo dispuesto en el art. 92 de dicho texto legal, el régimen de dichas situaciones se halla establecido para el personal laboral en el ET y en los convenios colectivos que le resulten aplicables, aunque estos últimos “podrán determinar la aplicación de este capítulo al personal incluido en su ámbito de aplicación, en lo que resulte compatible con el ET”. Entre estas situaciones, se encuentra la suspensión temporal del contrato de trabajo¹³⁰, que es “aquella vicisitud de la relación de trabajo durante la cual se suspenden las principales obligaciones derivadas del contrato, a saber, la de prestar servicios, por parte del trabajador, y la de retribuirlos, por parte del empresario”¹³¹ (Administración Pública, en nuestro caso). Dicha figura se regula en los arts. 45 y 46 ET, y, según insiste la jurisprudencia¹³², se caracteriza por “la temporalidad de la situación, la no prestación de trabajo durante ella y su no remuneración”, así como por “la continuidad y pervivencia del contrato, que, por la concurrencia de una causa suspensiva, sufre tan solo una especie de ‘aletargamiento’”.

Dentro de estas suspensiones, se incluye la excedencia, durante la cual el trabajador puede dedicarse a otras actividades o trabajos, en función de cuyas características aquella será forzosa o voluntaria. Ambos tipos de excedencia se diferencian, pues en la forzosa “el trabajador excedente tiene el derecho automático a reincorporarse a su puesto de trabajo”,

¹²⁶ Parece clara la doctrina jurisprudencial, citada en el presente epígrafe, que consagra esta decisión: otorgar el derecho a la movilidad al indefinido no fijo, pero rechazar el derecho de preferencia de elección de estos trabajadores. Derecho este último, del que sí que gozan los trabajadores fijos.

¹²⁷ *Ibid.*, FJ 3.

¹²⁸ La disposición adicional 20ª ET lo consagra, de modo expreso, en relación con el despido.

¹²⁹ En este sentido, se pronuncia el *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP* (constituida por la Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre de 2004), que, en su punto 59, recomienda “unificar en el texto del Estatuto Básico el régimen de situaciones de los funcionarios y del personal laboral”, aunque ello no se debe hacer por un simple planteamiento dogmático, sino que lo que se pretende, aclara dicha Comisión, es llevar a la letra de la ley aquello que sucede de manera efectiva (en tanto los convenios colectivos han sido uno de los medios mediante los que el régimen de las situaciones administrativas se ha venido unificando).

¹³⁰ Definida, como “la situación anormal de una relación laboral, originada por la voluntad de las partes o por la ley, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico” (“Concepto y causas de la suspensión del contrato de trabajo”, *Iberley*, 2021, <https://www.iberley.es/temas/concepto-causas-suspension-contrato-trabajo-7851>). Sus características esenciales se recogen, entre otras, en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de septiembre de 2013 (JUR 371357).

¹³¹ VILLALBA SÁNCHEZ, A., *op. ult. cit.*, p. 271.

¹³² STS de 25 de junio de 2001, FJ 2 (RJ 7079).

mientras que en la voluntaria, aquel “solo conserva un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”¹³³. A partir de esta diferencia, no puede extraerse la consideración de la excedencia voluntaria como una forma de extinción del contrato, ya que esta última afecta a la propia existencia de la relación laboral y la suspensión solo a la ejecución actualizada de sus prestaciones constitutivas; el trabajador excedente voluntario, cuyo contrato de trabajo subsiste durante esa situación, conserva su derecho a reincorporarse a la empresa, si se dan las condiciones para ello. De la conceptualización de la figura deriva que una de sus notas principales es el derecho a la estabilidad en el empleo¹³⁴, lo que determina que el trabajador tenga preferencia a la hora de volver a desarrollar su prestación laboral en una vacante de igual o similar categoría.

Por lo que respecta al trabajador indefinido no fijo¹³⁵, este se encuentra única y exclusivamente vinculado a su puesto de trabajo, por lo que la posibilidad de que aquel se reincorpore en una vacante de similar naturaleza choca, directamente, con su naturaleza jurídica¹³⁶. Además, la expectativa a la vacante del referido indefinido no fijo se enfrenta con el hecho de que el vínculo laboral se halla sometido a término, ya que, como se deduce, aquel no goza de fijeza, sino que tiene, necesariamente, una vigencia temporal. En este sentido, ni siquiera podría reconocerse el derecho a reingresar en su puesto de trabajo (no ya en otros de similar o igual condición), dado que la Administración solo puede proveer esa vacante siguiendo el estricto respeto por los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, lo que implica la existencia de un procedimiento reglamentario, que, *per se*, excluye al indefinido no fijo. De acuerdo con todos estos argumentos, existen razones suficientes para justificar la desigualdad de trato, por lo que, no estando ante situaciones comparables, se respeta el art. 14 CE, la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia imperante en este punto.

Más allá de las razones recién expuestas, alguna sentencia de suplicación justifica la no discriminación respecto del indefinido no fijo con base en que, en relación con la concreta excedencia voluntaria por el transcurso de dos años (cuyo derecho se discute en el caso), “los términos empleados por la norma convencional son plenamente claros y no ofrecen discusión: únicamente los trabajadores fijos pueden optar a esta clase de excedencia (a diferencia de otros tipos)”¹³⁷. Argumento este que, sin embargo, plantea dudas, ya que el TJUE ha reiterado, en diversas ocasiones, que “la existencia de una disposición de carácter meramente formal no permite deducir, *per se*, la concurrencia de criterios objetivos y transparentes (pues, de otro modo, la diferencia de trato podría perpetuarse en el tiempo)”¹³⁸. Por lo tanto, pese a que parece manifiestamente reconocido que el personal laboral no fijo carece del derecho a la excedencia voluntaria, cabe criticar que el expreso pronunciamiento del convenio colectivo en

¹³³ STS de 7 de mayo de 1984, considerando 2 (RJ 2972). También profundiza en estos términos, entre otras, la STS de 20 de enero de 2021 (RJ 292).

¹³⁴ Como también aprecia la STS de 3 de mayo de 2006, FJ 2 (RJ 7073).

¹³⁵ STJUE de 26 de diciembre de 2018 (AS\2019\970).

¹³⁶ Algo que, sin embargo, choca con otros pronunciamientos judiciales que afirman la no vinculación del indefinido no fijo con una plaza concreta. *Vid.* apartado IV.1 o apartado IV.2 de este trabajo.

¹³⁷ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de septiembre de 2018, FJ 4 (JUR 297651).

¹³⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Los indefinidos no fijos no tienen derecho a la excedencia voluntaria reconocida a los fijos”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2019, <https://ignasibeltran.com/2019/02/22/los-indefinidos-no-fijos-no-tienen-derecho-a-la-excedencia-voluntaria-reconocida-a-los-fijos/>.

un determinado sentido sea un argumento de peso para entender que concurre la razón objetiva exigida por la jurisprudencia europea.

Con todo, ni la jurisprudencia ni la doctrina equiparan la peroración ahora efectuada, respecto de la excedencia voluntaria, para el caso del que el indefinido no fijo solicitase la concesión de una excedencia forzosa. En nuestra opinión, nada parece justificar que se le dé un tratamiento diferenciado a esta última, ya que, pese a que la calificación de la excedencia sea voluntaria o forzosa, se está ante la misma situación jurídica. Precisamente, de las escasas sentencias dictadas¹³⁹, cabe concluir la desestimación de la solicitud de excedencia forzosa por existir causa de incompatibilidad¹⁴⁰, y ello con fundamento en la misma argumentación que emplea el Alto Tribunal para denegar el derecho a la excedencia voluntaria.

A pesar de lo afirmado hasta ahora, la cuestión no se puede responder de manera rotunda, ya que la jurisprudencia citada “ha dado lugar a una doctrina de suplicación disidente”, que extiende el derecho a la excedencia voluntaria al indefinido no fijo partiendo de que el TC también admite aquella para los funcionarios interinos¹⁴¹. Sin embargo, en el caso analizado en la referida STC, este derecho es reconocido al trabajador con todas las limitaciones y consecuencias que resultan de su condición de indefinido no fijo de plantilla, por lo que, aunque puede solicitar la excedencia, solo puede reincorporarse a su puesto en la Administración Pública con la que venía desarrollando su vinculación laboral, si dicha plaza sigue existiendo (*infra* apartado V de este estudio)¹⁴². Con todo, a nuestro juicio, estos pronunciamientos disidentes que extienden el derecho a la excedencia voluntaria al indefinido no fijo parecen acertados. De hecho, esta extensión también se podría sostener en la idea (recogida por recientes pronunciamientos judiciales, referidos a otras materias como a la movilidad o a la promoción profesional) de que la vinculación del indefinido no fijo no se da con un puesto de trabajo concreto; pese a que esta argumentación sea contraria a la empleada por la jurisprudencia imperante en materia de excedencia voluntaria.

4. Complemento de antigüedad

El complemento salarial de antigüedad pretende compensar la permanencia del trabajador en la empresa. Aunque en los arts. 23 y 25 EBEP se reconoce al derecho de antigüedad (trienios) que tienen los funcionarios y el personal interino, ninguna disposición profundiza en dicho complemento en cuanto al personal laboral se refiere. Por ello, desde el punto de vista normativo, se ha de acudir a la legislación laboral, cuyo art. 26.3 ET remite a la negociación colectiva o al contrato individual. Por lo tanto, su tratamiento aparece detallado, bien en el contrato individual (para cada trabajador), bien en el convenio colectivo (de aplicación conjunta para todos los trabajadores incluidos en su ámbito).

¹³⁹ Entre ellas, la SJS nº 1 de Ávila de 2 de diciembre de 2019, FJ 2 (AS 2020/1501).

¹⁴⁰ Sin embargo, existe una anecdótica y reciente sentencia del JS nº 13 de Valencia que ordena la nulidad de la actuación de un ayuntamiento que, con base en un informe del secretario municipal, estimaba la concurrencia de una causa de incompatibilidad en una de las concejalas por ostentar la condición de indefinido no fijo en una relación laboral que mantenía con la propia Administración Local. Ello fundamentándose en una “vulneración del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos”, por lo que avala el derecho de la concejala a disfrutar de una excedencia forzosa mientras permanezca en el cargo público.

¹⁴¹ En este sentido, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2010 (AS 1607) fundamenta su argumentación en la STC de 20 de diciembre de 1995 (RTC 1999/240). Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 140.

¹⁴² Tal y como recoge, de modo inteligible, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2010, FFJJ 1 y 2 (AS 1607).

Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS de 28 de enero de 2020¹⁴³ recapitula su doctrina respecto de la evolución de dicho complemento, y se pronuncia, de modo tajante, al afirmar que el complemento de antigüedad han de percibirlo tanto el personal fijo como el temporal, y, por ende, también aquel que goce de la condición de indefinido no fijo.

Con todo, parece inevitable prestar especial atención, en cuanto al derecho al percibo de trienios, a las diferencias (o similitudes) existentes en esta materia entre el trabajador indefinido no fijo y el trabajador fijo discontinuo¹⁴⁴. De hecho, este es un tema que en los últimos tiempos ha cobrado interés. Así pues, ha de partirse de que a los trabajadores fijos discontinuos se le reconocía dicho derecho, aunque a la hora de determinar su cuantía, única y exclusivamente se tenía en cuenta el periodo de tiempo efectivamente trabajado. Sin embargo, la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE¹⁴⁵ impide que se trate a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables en cuanto a las condiciones de trabajo. Por ello, en cuanto al derecho a trienios (que se vincula al salario, en cuanto condición de trabajo) no se puede tolerar que una normativa nacional excluya, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, los períodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir aquel derecho¹⁴⁶. Pese a que, en un primer momento, resultaba difícil encontrar pronunciamientos que reconociesen, *in proprio sensu*, el derecho al percibo de trienios al personal indefinido no fijo, en la actualidad cabe concluir con una respuesta afirmativa, ya que no existen razones objetivas para justificar un trato diferente al citado personal, denegándole este derecho al complemento de antigüedad¹⁴⁷.

De hecho, los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, entre otros, la STS de 4 de mayo de 2021¹⁴⁸, parecen hacer extensiva esta doctrina a los ‘trabajadores indefinidos no fijos discontinuos’, al afirmar que, para este personal, se ha de tener en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral y no, únicamente, el tiempo efectivamente trabajado¹⁴⁹. En definitiva, cabe concluir que “los complementos salariales por antigüedad forman parte de las condiciones de trabajo”¹⁵⁰ en los términos a que se refiere la cláusula 4, apartado 1 de la Directiva 1999/70/CE; lo que también se deduce de la jurisprudencia del TJUE. Por lo tanto, no se puede sustraer este derecho a los trabajadores temporales (en nuestro caso, a los trabajadores indefinidos no fijos).

¹⁴³ RJ 689. Esta sentencia invoca la argumentación del fundamento de derecho tercero de la STS de 16 de mayo de 2005 (RJ 5186).

¹⁴⁴ Ampliando el contenido del punto III.4 de este estudio.

¹⁴⁵ Disposición normativa analizada, de manera profusa, en el punto II.4 de este trabajo.

¹⁴⁶ Ello con base en la STS de 19 de noviembre de 2019, FJ 5 (RJ 5476), que modifica la doctrina acerca de la forma de computar la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT, a efectos de promoción económica (trienios) y promoción profesional, a raíz del Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18; TJCE 228).

¹⁴⁷ Argumentación que, frecuentemente, emplea el TJUE. Destaca la STJUE de 10 de junio de 2010 (asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08; TJCE 171), que iguala los derechos de los trabajadores a tiempo parcial con los trabajadores a tiempo completo comparables.

¹⁴⁸ JUR 174114.

¹⁴⁹ Tal y como también recoge la reciente STS de 16 de febrero de 2021 (RJ 766).

¹⁵⁰ ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en la progresiva desaparición de las diferencias entre funcionarios interinos y de carrera (sin olvidar a los trabajadores indefinidos no fijos). A propósito de la sentencia del TS (C-A) de 11 de junio de 2018 (y referencias a las del TSJ de Cataluña, C-A, de 23 de mayo, y TS, Social, de 2 de abril)”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2018, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/06/el-impacto-de-la-directiva-199970ce-y.html>.

V. RÉGIMEN JURÍDICO (II): EXTINCIÓN CONTRACTUAL

Con el reconocimiento judicial de la condición de indefinido no fijo, el trabajador adquiere, *per se*, el derecho a un puesto de trabajo de manera indefinida, aunque no gana la fijeza en la plantilla. Por ello, resulta de interés analizar el régimen extintivo de su relación laboral. Esta extinción puede producirse por las causas recogidas en el propio art. 49 ET (con una suerte de matizaciones) o por una serie de causas específicas que, como todos los aspectos de esta figura, han sido observadas desde diferentes ópticas jurisprudenciales.

1. Extinción por las causas del art. 49 ET

1.1. Aspectos generales

El contrato laboral del trabajador indefinido no fijo se puede extinguir por las causas generales recogidas en el art. 49 ET. Recordando estas, la extinción se podrá producir por mutuo acuerdo de las partes [art. 49.1.a) ET]; por las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario [art. 49.1.b) ET]; por dimisión del trabajador¹⁵¹ [art. 49.1.d) ET]; por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador¹⁵² [art. 49.1.e) ET]; por jubilación del trabajador [art. 49.1.f) ET]; por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo¹⁵³ [art. 49.1.h) ET]; por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [art. 49.1.i) ET]; por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario [art. 49.1.j) ET]; por despido del trabajador¹⁵⁴ [art. 49.1.k) ET]; por causas objetivas legalmente procedentes [art. 49.1.l) ET] o por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo, como consecuencia de ser víctima de violencia de género [art. 49.1.m) ET].

Cabe precisar que no es aplicable al indefinido no fijo la extinción del contrato por muerte, jubilación o incapacidad del empresario [art. 49.1.g) ET], lo que deriva del hecho de que, en este caso, se esté ante una persona jurídica pública. En cuanto a la extinción de la personalidad jurídica del contratante [art. 49.1.g) ET], habrá que aplicar lo previsto en el art. 51 ET, relativo al despido colectivo¹⁵⁵. Sin embargo, esto último no se producirá si se está ante la extinción por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato [art. 49.1.c) ET], ya que ello choca con la propia naturaleza jurídica del indefinido no fijo. En efecto, precisamente por tener un contrato de carácter indefinido, su extinción no podrá depender del transcurso de un tiempo determinado. Tampoco se aplica la extinción en el caso de la sucesión de empresas¹⁵⁶ regulada en el art. 44 ET, según el que “se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a

¹⁵¹ Debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.

¹⁵² Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48.2 ET.

¹⁵³ Siempre que su existencia haya sido debidamente constatada, conforme a lo dispuesto en el art. 51.7 ET.

¹⁵⁴ Con las matizaciones que veremos en el epígrafe V.1.2 del presente estudio.

¹⁵⁵ Para profundizar en dicha materia, en especial, la que se encuadra en el marco europeo y español, *vid.* MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo. Contrastes y fricciones con el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2017, pp. 121-144.

¹⁵⁶ Sobre la que brevemente disertaremos por su trascendencia en el devenir de la ordenación jurídica del indefinido no fijo, especialmente, en lo que concierne a la reversión de los servicios públicos.

cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Un caso concreto de sucesión de empresa es, como ya se adelantó líneas atrás, la ‘reversión de servicios por la Administración pública’ (tras finalizar la contrata de la empresa privada). En la actualidad, esto sucede con motivo del cambio de paradigma sociopolítico en el ámbito público, que está provocando que todos aquellos servicios que se externalizaron (eufemísticamente hablando) a principios del siglo XXI, vuelvan a ser prestados hoy por el empleador público.

En esta materia de la sucesión de empresas resulta de aplicación la Directiva 2001/23/CE¹⁵⁷, lo que se extiende también a la reversión de servicios del ámbito público. En efecto, aunque se han presentado diferentes cuestiones prejudiciales, “el Tribunal de Justicia ha declarado que la circunstancia de que el cesionario sea un organismo de Derecho público no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23”¹⁵⁸.

Pues bien, “la calificación de indefinidos no fijos (...) en estos supuestos ha sido la solución recurrente, aunque también se han planteado soluciones interpretativas alternativas”, como la del personal subrogado. Sin embargo, el patrón seguido hasta el momento parece quebrarse o, al menos, resquebrajarse, con la importante STJUE de 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18)¹⁵⁹, que es germen directo de la ‘doctrina *Correa Moreira*’, y que entiende que esta Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que, de estar ante un caso de reversión pública, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario.”¹⁶⁰. Si extrapolamos este razonamiento¹⁶¹ (surgido por un conflicto que atañe a normativa portuguesa) al caso español, la figura del indefinido no fijo no encajaría con las exigencias recogidas en esta sentencia, porque, en nuestro caso, el trabajador deberá someterse a un proceso reglamentario de selección para consolidar la fijeza de plantilla, ya que, mientras tanto, mantendrá una relación contractual sometida a término (según se concibe en la actualidad). En efecto, continúa la Sala Octava, la citada Directiva 2001/23 pretende garantizar la continuación de los contratos con las mínimas modificaciones posibles lo que, se insiste, pone en duda la adecuación de la solución jurisprudencial del ‘indefinido no fijo’¹⁶².

Tras este pronunciamiento aparecen incluso más incertezas que antaño, aunque la jurisprudencia parece seguir reforzando la aplicación de la figura del indefinido no fijo por el

¹⁵⁷ Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

¹⁵⁸ STJUE de 26 de noviembre de 2015 (asunto C-509/14), apartado 25 (TJCE 283). Así, se contemplan otros pronunciamientos que horadan en esta pacífica tesis: la STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09; TJCE 4) o la STJUE de 26 de septiembre del 2000 (asunto C-175/99; TJCE 212).

¹⁵⁹ TJCE 118.

¹⁶⁰ *Ibid.*, punto 64.

¹⁶¹ Como se recoge en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Procesos de reversión pública, Directiva 2001/23 y asunción de personal: ¿la figura de indefinido no fijo sigue siendo posible? (STJUE 13/6/19, C-317/18, *Correa Moreira*)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2019, <https://ignasibeltran.com/2021/02/17/reversion-en-el-sector-publico-y-doctrina-correa-moreira-no-cabe-declarar-fijeza-porque-los-principios-constitucionales-estan-por-encima-de-la-directiva-2001-23-stsj-navarra-1-10-20/>.

¹⁶² GARCÍA BLASCO, J.: “Transmisiones de empresas: de la protección del patrimonio jurídico de los trabajadores a los umbrales de efectividad del derecho del trabajo”, en el volumen AAVV: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 127.

estricto respeto que esta guarda a los preceptos constitucionales y por ser un contrapeso que equilibra la balanza entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo. Empero, algunos autores sostienen que, “si no puede exigirse un proceso de selección, debería entenderse que una eventual cobertura reglamentaria de la plaza no debería ser suficiente para extinguir el contrato, debiéndose recurrir a la resolución por ‘causas de empresa’”¹⁶³. No obstante, habrá que seguir con interés los pronunciamientos de nuestro TS que, quizás, dejen a un lado a este *tertium genus* para profundizar en otro arquetipo contractual.

1.2. El despido disciplinario y la posible extensión a los indefinidos no fijos de la readmisión del art. 96.2 EBEP

Pese a la aplicación de las causas de extinción genéricas del art. 49 ET al trabajador indefinido no fijo (con las excepciones aludidas), cabe efectuar unas matizaciones en cuanto al propio despido disciplinario¹⁶⁴. El art. 54.1 ET prevé que el contrato de trabajo puede extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Sin embargo, las causas contenidas en el art. 54.2 ET se ven desplazadas por las reglas especiales contenidas en el art. 96.1 EBEP, que establece que (por razón de las faltas cometidas¹⁶⁵) podrán imponerse diferentes sanciones, entre ellas, el despido disciplinario del personal laboral. Dicho despido solo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que se desempeñaban¹⁶⁶. En definitiva, el trabajador indefinido no fijo (en tanto personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas) solo podrá ser despedido disciplinariamente por las faltas disciplinarias muy graves contenidas en el art. 95.2 EBEP. Asimismo, la norma especial del art. 97 EBEP, conforme a la cual las infracciones muy graves prescriben a los tres años, sustituye al art. 60.2 ET, que establece unos plazos de prescripción diferentes para el ámbito laboral¹⁶⁷.

Cabe considerar que, en caso de despido disciplinario calificado de improcedente, el personal fijo podrá ser readmitido (art. 96.2 EBEP). Sin embargo, dicha regla no podrá ser aplicada, análogamente, al personal temporal ni al personal indefinido no fijo, como ha reconocido la jurisprudencia europea, ya que dicha desigualdad de trato está justificada por la existencia de elementos precisos y concretos¹⁶⁸. Esto se debe a que “la readmisión automática de los trabajadores fijos forma parte de un contexto muy diferente, desde un punto de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que se encuentran los trabajadores que no son fijos”, por lo

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 148-149. Para ampliar conocimientos en esta materia, *vid.* MELLA MÉNDEZ L.: “Reflexiones sobre la forma del despido disciplinario en los Derechos inglés y español”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 2010, pp. 44-60.

¹⁶⁵ En relación con los derechos y deberes de los empleados públicos, *vid.* GÁRATE CASTRO, J.: “Una valoración crítica de la regulación de los deberes de los empleados públicos en su Estatuto Básico”, *El Estatuto básico del empleado público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2008, pp. 169-189, y GÁRATE CASTRO, J.: “Deberes, faltas y sanciones del empleado público en su Estatuto básico”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2008, 449-473. Asimismo, *vid.* la interesante y reciente STC de 15 de marzo de 2021 (RTC 51).

¹⁶⁶ El trabajador podrá ser contratado, entonces, para desarrollar su trabajo con funciones “no similares” a las efectuadas en el puesto de trabajo del que ha sido despedido. Sin embargo, como resulta manifiesto, en este nuevo contrato ya no tendría la consideración de indefinido no fijo, a no ser que, de nuevo, aquella condición vuelva a ser declarada judicialmente como consecuencia de la contratación temporal ilícita.

¹⁶⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 148-149.

¹⁶⁸ Características que han de concurrir para que no se produzca una desigualdad de trato, conforme la STJUE de 5 de junio de 2018 (asunto C-574/16; TJCE 64), y su jurisprudencia citada, ha reconocido.

que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que “no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual, cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador debe ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realicen las mismas tareas que el trabajador fijo pueden no ser readmitidos”¹⁶⁹.

Esta diferenciación de trato se halla justificada porque el personal fijo, aunque no sea funcionario, ha pasado un proceso selectivo y su empleo está regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad. Así pues, el legislador español ha pretendido proteger a dicho personal fijo con la readmisión automática¹⁷⁰ tras la improcedencia del despido disciplinario, respetando así el imperativo del mantenimiento de su vinculación con la Administración de no existir causa que justifique aquel. Por lo tanto, desde este punto de vista, no existe motivación que niegue la conservación de las funciones al personal fijo, a diferencia de lo que sucede respecto del personal laboral por tiempo determinado y del personal laboral indefinido no fijo, dado que “el mantenimiento en las funciones no constituye un elemento esencial de la relación laboral”¹⁷¹ de estas últimas dos tipologías de trabajadores.

2. Extinción por causas específicas

2.1. Cobertura de la plaza

Resulta evidente que la cobertura de la plaza hasta entonces ocupada por el indefinido no fijo por otro trabajador con carácter definitivo (por la adjudicación a este, ya en un proceso selectivo, ya en concurso de traslado) es un supuesto de extinción del vínculo laboral de aquel. De hecho, el modo normal de extinción de la relación contractual del indefinido no fijo debería ser la propia cobertura reglamentaria de la plaza, dándosele al trabajador la posibilidad de presentarse al proceso selectivo y obtener la fijeza de plantilla. Sin embargo, surgen dudas sobre el concreto encaje jurídico de esta causa específica de extinción, así como sobre cuándo se está ante la misma y, finalmente, sobre la cuantía indemnizatoria que procedería dar al sujeto afectado¹⁷².

Como ya se apuntó, la cobertura reglamentaria de la plaza es un supuesto de extinción del vínculo que no puede ser calificado de despido. Esta causa, según determinadas resoluciones judiciales¹⁷³, ha de subsumirse en el art. 49.1.b) ET, a modo de una cláusula o condición resolutoria¹⁷⁴ que actúa por denuncia de las partes. Sin embargo, también se ha defendido que se trata de una extinción que se enmarca en el art. 49.1.1) ET, en tanto causa objetiva legalmente procedente¹⁷⁵.

¹⁶⁹ STJUE de 25 de julio de 2018 (asunto C-96/17; TJCE 133).

¹⁷⁰ Esta garantía de permanencia constituye una excepción al régimen general del Derecho del Trabajo, fundamentada en la obligación de garantizar la estabilidad en el empleo a todo aquel trabajador que ha pasado una oposición, un concurso de méritos o un concurso-oposición.

¹⁷¹ STJUE de 25 de julio de 2018, *cit.*, apartado 44.

¹⁷² Cuestión, esta última, que se analiza en el punto V.3 de este estudio.

¹⁷³ STS de 27 de mayo de 2002, FJ 4 (RJ 9893).

¹⁷⁴ Pese a que, como se observa en el punto IV.3 de este trabajo, este es un contrato sometido a término, según la conceptualización que del mismo se hace en la actualidad.

¹⁷⁵ Lo llamativo, en este caso, es que dicha aseveración se hace en el fundamento de derecho segundo del voto particular a la STS de 27 de mayo de 2002, ya citada.

La cobertura reglamentaria de la plaza, en efecto, puede suponer un potencial conflicto en cuanto a la identificación de la plaza, ya que no cabe hablar, *stricto sensu*, de cobertura reglamentaria de la misma cuando, de las circunstancias concurrentes, no se deduce que las plazas ofertadas eran, exclusivamente, las que ocupaban los trabajadores indefinidos no fijos. En otras palabras, no puede entenderse que se ha producido la extinción laboral por cobertura de la plaza cuando esta no estaba claramente identificada y, además, existen otras de la misma categoría que no están cubiertas¹⁷⁶. Así, resulta que la no identificación de dicha plaza se produce respecto de la convocatoria concreta y la propia situación del trabajador afectado, ya que no se puede afirmar “que la superación del concurso por otro trabajador implicará cubrir una plaza que estuviera ocupada” por la demandante¹⁷⁷. Por ello, se entiende que, en el caso concreto, no existen garantías para considerar que el puesto del trabajador quedase claramente afectado, a la vez que tampoco puede afirmarse que la superación del concurso por otro trabajador implicase cubrir la plaza ocupada por aquel. En resumen, cabe concluir que la simple referencia genérica contenida en una determinada convocatoria determina que no existen garantías para considerar que el puesto de trabajo del trabajador indefinido no fijo quedase claramente afectado por dicha convocatoria, y, en consecuencia, no se podrá proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por aquel. De actuar de otra manera, en dicho caso, se estará ante un despido improcedente del referido trabajador, y no ante una causa pacífica de extinción del art. 49 ET.

2.2. Amortización de la plaza

La amortización de la plaza implica que esta ha sido eliminada de la plantilla orgánica y, en consecuencia, el trabajador indefinido no fijo (en nuestro caso) verá truncadas sus expectativas de consolidar la fijeza en la relación laboral que mantiene con la Administración, ya que, al desaparecer la plaza, lo hace también la posibilidad de superar los procesos selectivos necesarios en los casos de cobertura legal. Pues bien, sobre si esta es una causa específica que se puede enmarcar dentro del régimen extintivo del trabajador indefinido no fijo, se ha pronunciado la jurisprudencia en sentidos opuestos en circunstancias temporales diferenciadas.

La jurisprudencia anterior a la que actualmente se halla vigente defiende, tomando como modelo la STS de 22 de julio de 2013¹⁷⁸, que el cese de un trabajador indefinido no fijo por amortización de la plaza puede producirse sin necesidad de acudir a los procedimientos específicos contemplados en los arts. 51 y 52 ET, que regulan el despido por causas objetivas o el despido colectivo por causas empresariales. Según la citada sentencia del TS, la vinculación laboral entre el trabajador indefinido no fijo y la Administración se halla sometida a una condición resolutoria¹⁷⁹, por ello, equiparando la primera figura con la del personal interino por vacante¹⁸⁰, se estima que la existencia de la relación laboral ha de entenderse sometida a la condición subyacente de la pervivencia de los puestos. Tal conclusión responde

¹⁷⁶ STS de 2 de febrero de 2017, FFJJ 1 y 2 (RJ 512), que se pronuncia sobre el despido improcedente por el cese por cobertura de la plaza, al no estar las plazas suficientemente identificadas en la convocatoria del concurso-oposición realizadas por la Agencia Pública empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía.

¹⁷⁷ *Ibid.*, FJ 2.

¹⁷⁸ RJ 7657.

¹⁷⁹ Sobre la que se profundiza en VILLALBA SÁNCHEZ, A.: *Cláusulas relativas a la extinción del contrato de trabajo*. Universidad de Santiago de Compostela, 2016, p. 48 y ss.

¹⁸⁰ Figuras sobre las que ya se ha reflexionado de manera parangonada respecto de sus diferencias y similitudes en el apartado III.3 de este estudio.

a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad (en cuanto referida al desempeño, “con carácter de provisoriedad, de un puesto de trabajo”¹⁸¹) y a la propia naturaleza del indefinido no fijo (que desempeña con carácter indefinido pero no fijo su labor en un determinado puesto de trabajo).

Por todo lo afirmado, se concluye que, pese a que la vigencia del contrato esté condicionada, en nuestro caso, a la cobertura legal de la plaza, si dicha plaza no existe (por haberse amortizado), no se podrá proceder a la designación de trabajadores fijos mediante los procedimientos pertinentes¹⁸² (sistema de concurso, oposición o concurso-oposición) y, en tanto, esta relación no podría extinguirse¹⁸³, ya que la prestación del servicio se haya vinculada a la premisa necesaria de la pervivencia del puesto de trabajo. Se justifica dicha argumentación en sentido negativo, manifestando que, de no entender la amortización como posible causa directa de extinción del vínculo laboral (para el caso de los interinos por vacante y, por ende, para el indefinido no fijo), se estaría incurriendo en un razonamiento absurdo, dado que, entre otras cosas, ello implicaría que la Administración está obligada a proveer una plaza que estima innecesaria, y que, de no hacerlo, el contrato de interinidad (en el caso enjuiciado) se transformaría en indefinido¹⁸⁴. Sin embargo, desde nuestro parecer, por mucho que se equipare la figura de la interinidad por vacante y la del indefinido no fijo, este razonamiento (válido para el interino) no se podría aplicar, de manera análoga, al segundo, pues es un trabajador que ya mantiene una relación indefinida (aunque no fija) con la Administración.

Según este razonamiento empleado por la jurisprudencia anterior, la extinción no operaría con base en el despido por causas objetivas del art. 52 ET [ni en el 52.c) ni en el 52.e)], porque actuaría directamente sobre la propia vigencia del vínculo, y no de manera indirecta con fundamento en la concurrencia de una de las causas contempladas en el precitado artículo.

A partir de la STS de 24 de junio de 2014¹⁸⁵, se rompe con la doctrina tradicional, recién expuesta, que entendía que el contrato de los trabajadores interinos (y el de los indefinidos no fijos por analogía) “se extinguían no solo al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador (como resultado del proceso ordinario de cobertura), sino también por la amortización de la plaza vacante ocupada, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato, lo que hacía innecesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual por causas objetivas”¹⁸⁶. Esta alteración se debe al cambio radical que el tribunal adopta en cuanto a la calificación jurídica del contrato laboral del indefinido no fijo, que pasa de considerarse sometido a condición resolutoria a entender que se trata de una ‘obligación a término indeterminado’¹⁸⁷. En efecto, en el caso del indefinido no fijo, se estima que la extinción de la duración de la relación laboral queda vinculada a la llegada de un día cierto, que llegará,

¹⁸¹ STS de 2 de abril de 1997, FJ 3 (RJ 3045). También las SSTS de 9 de junio de 1997 (RJ 4692) y 27 de marzo del 2000 (RJ 3128) y la STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de abril de 2001 (AS 2066), entre otras.

¹⁸² Cfr. punto II.1 de este trabajo.

¹⁸³ STS de 27 de febrero de 2013, FJ 3 (RJ 4349). Mismo criterio que siguen las SSTS de 24 de septiembre de 2012 (RJ 10286), de 27 de septiembre de 2012 (RJ 9997) y de 13 de mayo de 2013 (RJ 5142).

¹⁸⁴ STS de 27 de febrero de 2012, FJ 5 (RJ 8521). También la STS de 6 de junio de 2012 (RJ 8960).

¹⁸⁵ RJ 4380.

¹⁸⁶ *Ibid.*, FJ 3.

¹⁸⁷ Entre otras razones, se considera que, de tratarse de una condición resolutoria (partiendo de que la terminación del propio contrato depende de la voluntad de la Administración), aquella devendría nula, ya que según el art. 1115 CC “cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula”.

aunque no se sepa cuándo. No se trata, entonces, de incerteza en cuanto a que llegue (o no) el día (caso en el que sí que sería condicional), sino que la dubitación se refiere al momento en el que este día, que necesariamente llegará, llegue de manera efectiva (art. 1125 del Código Civil)¹⁸⁸. Es decir, se está ante un plazo indeterminado, cuyo *dies ad quem* llegará (*dies certus an et incertus quando*), y no ante un hecho que puede llegar o no (*dies incertus an*)¹⁸⁹. La referida STS, partiendo de esta conceptualización de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo del trabajador indefinido no fijo, afirma que este trabajador ve truncadas sus expectativas con la amortización de la plaza, ya que la perspectiva de adquirir la fijeza a través de un proceso de cobertura legal desaparece. Por todo ello, la Administración debe “acudir a los procedimientos previstos para el despido objetivo o el despido colectivo” (arts. 51 y 52 ET), según sea el número de trabajadores afectados¹⁹⁰.

En definitiva, en la actualidad, no parecen existir dudas acerca de que, además de las causas del art. 49 ET, la relación laboral del indefinido no fijo se puede extinguir a través de la cobertura legal de la plaza (que, sin embargo, en lugar de provocar la extinción, puede causar la consolidación de fijeza del trabajador indefinido no fijo). Sin embargo, si la Administración decide amortizar la plaza, esta decisión ha de tramitarse por el procedimiento previsto para el despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo (al igual que si un contrato de trabajo de un trabajador fijo de plantilla ve cercenada su continuidad porque la empresa pone en juego causas de tipo organizativo, técnico o productivo)¹⁹¹.

3. Indemnización por cese de la relación laboral. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Cuando el puesto ocupado por el indefinido no fijo es cubierto por los procedimientos reglamentarios (oposición o concurso) y obtenido por otro trabajador, la relación laboral de aquel puede llegar a su fin. En estas circunstancias, cabe preguntarse si procede el reconocimiento de una indemnización para el indefinido no fijo y, de ser así, en qué cuantía. De hecho, aunque la cuestión parezca sencilla, es precisamente esta materia una de la que nos permite vislumbrar la inseguridad jurídica a la que están sometidos los trabajadores indefinidos no fijos y lo cambiantes que pueden llegar a ser los paradigmas que caracterizan a esta figura.

En un primer momento, a raíz de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14)¹⁹², que consagra la conocida doctrina ‘de Diego Porras I’, los tribunales españoles¹⁹³ optan por el reconocimiento a los trabajadores del sector público, calificados como indefinidos no fijos y cesados por cobertura de su plaza, de una indemnización de veinte días por año trabajado, con un máximo de doce mensualidades. Ello se estima como respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid que reconoce dicha indemnización (la de veinte días por año trabajado) en un caso en el que la demandante (es

¹⁸⁸ *Ibid.*, FJ 3.

¹⁸⁹ Para mayor profundización en la diferenciación entre ambos términos: GONZÁLEZ BUSTELO, A. M.: *Dies Incertus*. Universidad de Santiago de Compostela, 1988.

¹⁹⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 158.

¹⁹¹ Tal y como se recoge en CAVAS MARTÍNEZ, F., *op. y loc. ult. cit.*, en referencia a la STS de 21 de julio de 2016 (RJ 4515) que, en su fundamento jurídico décimo, desestima los motivos cuarto y quinto del recurso de ADIF (empresa que interpone los recursos de casación que engendran esta sentencia).

¹⁹² TJCE 111.

¹⁹³ Se debe resaltar la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2016 (AS 1298) por ser la resolución que resuelve el litigio dentro del que se presenta la cuestión prejudicial que da lugar a la doctrina ‘de Diego Porras I’.

decir, la señora de Diego Porras) había prestado servicios para el Ministerio de Defensa desde el año 2003, concatenando diversos contratos de interinidad. Aunque referida a los interinos, esta doctrina fue rápidamente extrapolada al personal indefinido no fijo, ya que “si la naturaleza del indefinido no fijo es equiparable al interino, al menos a efectos extintivos, ahora, la regular extinción de su contrato comportará no una indemnización de doce días/año, sino de veinte días/año”¹⁹⁴. En el caso de los despidos colectivos, como manifestación extensa del derecho de preferencia de los trabajadores fijos (es decir, como desigualdad que juega a favor de los trabajadores fijos, según lo explicado en el epígrafe IV.1), los trabajadores indefinidos no fijos serán despedidos con carácter previo a los trabajadores indefinidos; concediéndoles, también, el derecho a la indemnización de veinte días por año con el máximo de doce mensualidades. Esto es, los tribunales consideran que, partiendo de que el indefinido no fijo surge a consecuencia del fraude en la contratación temporal, no es oportuna la indemnización que, con fundamento en el art. 49.1.c) ET, se concede a estos trabajadores¹⁹⁵, ya que no existe una razón objetiva que justifique un trato diferenciado entre la indemnización por extinción del contrato por cumplimiento del término y la derivada por causas objetivas de los indefinidos. Por ello, en ese momento, los tribunales estiman que la Directiva 1999/70/CE se opone a una normativa nacional que deniega cualquier indemnización por la finalización de un contrato al trabajador que goza de la condición de interino, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. Siguiendo la interpretación del TJUE, destaca la STS de 28 de marzo de 2017¹⁹⁶ que, además, añade que “el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido no fijo al temporal”¹⁹⁷, como se ha venido haciendo.

Sin embargo, con la célebre Sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17)¹⁹⁸, se creó la doctrina denominada ‘de Diego Porras II’, que corrige el pronunciamiento del mismo Tribunal de 14 de septiembre de 2016¹⁹⁹. Para ello, afirma que “la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo (...) al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva”²⁰⁰. Asimismo, el TJUE estima que no parece que el abono obligatorio de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada, al vencimiento del término por el que dichos contratos fueron celebrados, constituya una medida suficiente que ayude a prevenir dichos abusos en consonancia con lo que persigue la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE. Finalmente, el tribunal concluye que es perfectamente plausible que la normativa nacional prevea una indemnización para determinados tipos de trabajadores temporales, “mientras que el

¹⁹⁴ PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 56.

¹⁹⁵ Es decir, no procede “la cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación”, como recoge el propio art. 49.1.c) ET, en su apartado primero.

¹⁹⁶ RJ 1808.

¹⁹⁷ *Ibid.*, FJ 3.

¹⁹⁸ TJCE 209.

¹⁹⁹ *Cit.*

²⁰⁰ *Ibid.*, apartado 75.

vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de trabajo de duración determinada perteneciente al resto de categorías no implica el abono a los trabajadores con dichos contratos de indemnización alguna, a menos que no exista ninguna otra medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para prevenir y sancionar los abusos respecto de estos últimos trabajadores”²⁰¹, extremo que incumbe comprobar al tribunal nacional.

Entre la STJUE de septiembre de 2016²⁰² (de Diego Porras I) y la STJUE de noviembre de 2018²⁰³ (de Diego Porras II) cobran gran importancia las SSTJUE de 5 de junio de 2018 (asunto C-574/16 y asunto C-677/16)²⁰⁴, en las que el citado Tribunal considera que existe una razón objetiva que justifica un trato diferenciado en los importes indemnizatorios entre temporales e indefinidos. Esto es, estas dos sentencias niegan el derecho a percibir la indemnización en caso de la extinción regular del contrato de trabajo de los trabajadores interinos. Pese a que, inicialmente, se podría creer que la negación de la indemnización afecta, también, al personal indefinido no fijo (tal y como sucedió cuando la primaria ‘doctrina de Diego Porras’ reconocía la indemnización de veinte días por año trabajado al personal interino), la STS de 28 de marzo de 2019²⁰⁵ acepta el derecho a la indemnización de veinte días por año trabajado a estos trabajadores indefinidos no fijos, apartándose de la doctrina establecida para el personal interino (entre otras, destaca también la STS 13 de marzo de 2019²⁰⁶). Pues bien, como decíamos, tras estos dos pronunciamientos de junio de 2018, se pronuncia el TJUE, en noviembre del mismo año, indicando que el abono de la indemnización “parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”²⁰⁷.

A la luz de todo lo expuesto, la STS de 13 de marzo de 2019, ya citada, concluye que se debe “negar que quepa otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato de interinidad, no solo la que calcula la sentencia con arreglo a los veinte días del despido objetivo, sino, incluso, con arreglo a los doce días”²⁰⁸.

Finalmente, el pasado 22 de junio de 2021, el Pleno de la Sala de lo Social del TS ha estudiado el impacto de la reciente STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19)²⁰⁹ sobre interinos, que impedía reconocer el derecho a la indemnización de estos trabajadores. El TJUE indica, en el apartado 77 de dicha sentencia, que “una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por una parte, prohíbe tanto la asimilación de trabajadores contratados sobre la base de sucesivos contratos de interinidad a ‘trabajadores indefinidos no fijos’ como la concesión de una indemnización a dichos trabajadores”, y, por otra parte, “no establece ninguna otra medida efectiva para prevenir y sancionar los abusos eventualmente constatados (respecto de los empleados del sector público) no parece atenerse “a las exigencias que se derivan de la jurisprudencia recordada en los apartados 46 a 49 de la presente sentencia”, que aluden a la Directiva 1999/70/CE,

²⁰¹ *Ibid.*, apartado 101.

²⁰² *Cit.*

²⁰³ *Cit.*

²⁰⁴ TJCE 64, ya citada, y TJCE 65, conocidas, respectivamente, como ‘doctrina *Grupo Norte Facility*’ y ‘doctrina *Montero Mateos*’.

²⁰⁵ FJ 3 (RJ 1714).

²⁰⁶ RJ 1164.

²⁰⁷ STJUE de 21 de noviembre de 2018, *cit.*, apartado 94.

²⁰⁸ STS de 13 de marzo de 2019, *cit.*, FJ 4.

²⁰⁹ JUR 178761.

analizada en este estudio²¹⁰. Pues bien, el Pleno del TS ha concluido en la STS de 28 de junio de 2021²¹¹ que el TJUE²¹² ha malinterpretado su doctrina, bien sea por la errónea comprensión de la jurisprudencia española, bien por una deficiente traslación de la misma a dicho Tribunal. Pese a ello, en la sentencia ahora analizada, el Alto Tribunal entiende que resulta necesario efectuar una nueva reflexión sobre algunos aspectos de su doctrina. Así, entre otras, cabe extraer las siguientes conclusiones²¹³: 1) las consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada; 2) sin perjuicio de lo que se prevea en el propio proceso de selección y admitiendo cierta flexibilidad, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que, si así sucediera, se estaría en presencia de una duración injustificadamente larga que terminaría con la declaración del trabajador interino como indefinido no fijo²¹⁴; 3) la extinción del contrato del indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza implica el reconocimiento de una indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades; y, en fin, 4) será considerado irregular el mantenimiento, de modo permanente, de un empleado público (nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada) en esa plaza vacante por el mero incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo, al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante.

Al margen de lo explicado, y partiendo de las exigencias que derivan de la última jurisprudencia del TJUE y del propio TS, el Gobierno de la Nación ha previsto, en el Real Decreto Ley 14/2021, aprobado en el Consejo de Ministros de 6 de julio de 2021²¹⁵, entre otras circunstancias, conceder la indemnización de veinte días por año trabajado a todo aquel interino que haya participado en el proceso selectivo y no lo haya superado, dejando a un lado la posición jurisprudencial anterior, incluida, entre otras, en la STS de 13 de marzo de 2019²¹⁶.

VI. CONCLUSIONES

La creación jurisprudencial del ‘indefinido no fijo’ tiene una importancia capital en la actualidad, ya que, pese a que surgió a comienzos de los años 90 del siglo XX, su régimen no ha dejado de evolucionar. De hecho, en los últimos años son abundantes los pronunciamientos judiciales que introducen novedades en cuanto al régimen jurídico que les resulta aplicable, lo que demuestra que se está ante una figura viva. Su trascendencia radica, entre otras circunstancias, en la importancia capital de la Administración Pública española, en tanto

²¹⁰ Cfr. punto II.4.

²¹¹ JUR 212930.

²¹² En la STJUE de 3 de junio de 2021, *cit.*

²¹³ *Ibid.*, FJ 4, 5 y 6.

²¹⁴ Siguiendo la doctrina establecida en la STJUE de 3 de junio de 2021 (ya citada), destacan las SSTSJ de Galicia (dos) de 17 de junio de 2021 (RJ 214953 y RJ 215451), que atribuyen la condición de indefinido no fijo a dos sujetos interinos que habían superado el plazo legal de tres años sin que se hubiera procedido a la cobertura de la plaza que ocupaban; en un caso, en calidad de trabajador en el *Centro de Atención a Persoas Maiores de Cerdedo* y, en el otro, como bombero forestal desde el año 2012. Estas sentencias se hallan referenciadas en una comunicación del Poder Judicial de 29 de junio de 2021, accesible en el siguiente enlace: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/gl/Poder-Xudicial/Tribunais-Superiores-de-Xustiza/TSX-Galicia/Noticias-Xudicial-TSX-Galicia/>>.

²¹⁵ Al que ya se ha aludido de manera amplia en el apartado III.3 del presente trabajo.

²¹⁶ *Cit.*

creadora de empleo y en la conflictividad laboral en la que esta se halla inmersa por incurrir en actuaciones irregulares en materia de contratación. De hecho, pese a que no existen cifras oficiales al respecto, se estima que la cantidad de ‘trabajadores indefinidos no fijos’ es elevada.

Al margen de la importancia práctica de esta figura, desde el punto de vista teórico, las particularidades de su régimen jurídico hacen que su análisis sea muy provechoso para la propia ciencia jurídica. Así, entre otras razones, por la existencia de una concurrencia conflictiva entre la protección que el ET otorga al trabajador y los principios constitucionales y legales que rigen el acceso al empleo público.

Desde estas premisas, e intentando analizar la ingente cantidad de sentencias y posiciones doctrinales que versan sobre la figura del ‘indefinido no fijo’, se aborda este *Trabajo de Final de Grado*, como último reto académico de la etapa universitaria, en la que, por cierto, la curiosidad y búsqueda de respuestas a problemas jurídicos deben ser herramientas indispensables del estudiante y futuro profesional del Derecho.

Así las cosas, por lo que respecta al contenido de este Trabajo, cabe destacar las siguientes conclusiones principales:

PRIMERA. Las críticas a la contratación privada en nuestro país son habituales, en la medida en que los empresarios hacen un uso abusivo de los contratos temporales frente al contrato por tiempo indefinido, que debe ser la regla general. Ello sucede, pese a que la contratación por tiempo determinado está restringida a ciertos casos delimitados por el legislador, según se extrae del art. 15 ET. Sin embargo, la cantidad de procesos que versan sobre la contratación irregular realizada por la Administración nos demuestra que la temporalidad es, también, un problema endémico en el sector público.

SEGUNDA. El ‘indefinido no fijo’ surge con la STS de 7 de octubre de 1996. Sin embargo, veinticinco años después, los procesos que culminan con la declaración de esta condición (la de indefinido no fijo) no han hecho más que crecer de manera exponencial. Ello nos permite concluir que el legislador español, en primer lugar, no se ha preocupado de evitar con mecanismos de control suficientes que las Administraciones procedan a la contratación irregular del personal laboral. Esto es llamativo, ya que la contratación pública debería ser un ejemplo de respeto por los derechos de los trabajadores, que, claramente, se ven afectados por esta actuación en fraude de ley de la propia Administración. En segundo lugar, el legislador no ha reconocido la importancia de dicha problemática, conformándose con la solución que los tribunales han encontrado, para, intentando proteger los derechos de los trabajadores, conseguir el respeto de las exigencias constitucionales y legales que rigen el acceso al empleo del personal laboral al servicio de las Administraciones. En todo caso, el silencio del legislador genera que esta materia esté de permanente actualidad judicial, doctrinal y, en este momento, política (tal y como se vislumbra con la aprobación, el 6 de julio de 2021, del Real Decreto Ley 14/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público).

TERCERA. Con carácter anterior al nacimiento de esta figura del ‘indefinido no fijo’, las respuestas que la jurisprudencia daba a la contratación temporal irregular por parte de la Administración eran diversas. En un primer momento, se entiende que no cabe la calificación de indefinido, aunque en el año 1990 esto se matiza, valorando la situación como una

interinidad de hecho. Sin embargo, en 1991, se permite la adquisición de fijeza, hasta que, finalmente, en el año 1996, surge la figura ahora analizada. Pese a ello, no cabe hablar de etapas claramente predispuestas, ya que, aunque a partir de un determinado momento, las resoluciones judiciales se dirigen en un sentido concreto, esto no significa que no siga habiendo otras discrepantes. Como se defiende, el hecho de que el legislador no haya dado una respuesta, ni antaño ni en la actualidad, provoca una clara falta de seguridad jurídica, puesta de manifiesto en los vaivenes jurisprudenciales analizados en este estudio.

CUARTA. El ‘indefinido no fijo’ ha estado sometido a una constante evolución. Sin embargo, al igual que las respuestas que se daban con carácter anterior a su nacimiento, no se puede hablar de etapas estancas, sino de tendencias que se van manteniendo hasta que algún pronunciamiento jurisdiccional cambia el rumbo. Así, no cabe la declaración de un trabajador como ‘indefinido no fijo’ por parte de la Administración, ya que su reconocimiento se ha de producir mediante sentencia judicial.

QUINTA. La STS de 22 de julio de 2013 sostiene que no es admisible entender que se ha reconocido legalmente la figura del ‘indefinido no fijo’, ya que cuando el legislador se refiere a los trabajadores ‘indefinidos’ lo hace, únicamente, para contemplar la particular situación en la que se hallan los profesores de religión, en tanto la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 EBEP. En consecuencia, solo cabría contratar como ‘indefinido’ a dicho profesorado.

SEXTA. La inexistencia de una regulación legal al respecto y la evolución jurisprudencial que modula la condición de ‘indefinido no fijo’ hacen que estos trabajadores estén sometidos a unas ínfimas cotas de seguridad jurídica. En consecuencia, la solución que pretende paliar la delicada situación en la que se halla aquel sujeto que ha sido contratado en fraude de ley, se convierte en una solución con efectos muy limitados, que no consigue llegar a provocar la protección que, en cambio, sí que se produce con la declaración de fijeza en la esfera privada. Con todo, no se puede responsabilizar de ello a nuestros tribunales que, en realidad, están realizando la función que le corresponde al legislador y que, como se indica en la conclusión segunda, este ha declinado ejercer.

SÉPTIMA. Como en tantos otros sentidos, el hecho de que España sea un Estado miembro de la Unión Europea (desde el 1 de enero de 1986) es una garantía para sus ciudadanos y, más concretamente, para sus trabajadores. Así, 1) desde el punto de vista normativo, resultan relevantes para la protección de los derechos de los trabajadores tanto la Directiva 1999/70/CE como la Directiva 2001/23/CE, relativas al trabajo de duración determinada y al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el caso de sucesión de empresas, respectivamente. 2) Desde el punto de vista jurisprudencial, son numerosos los pronunciamientos que tienen trascendencia en nuestro país. Entre ellos cabe destacar la STJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17), que da lugar a la doctrina ‘de Diego Porras II’, y la STJUE de 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18), germen de la denominada doctrina ‘*Correia Moreira*’. Asimismo, muestra de la relevancia que tienen los pronunciamientos del TJUE para el devenir del empleo temporal en el ámbito público en España es el hecho de que el Pleno de la Sala de lo Social del TS haya estudiado el pasado 22 de junio de 2021 el impacto de la reciente STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19). Esta reunión del Pleno concluye con la STS de 28 de junio de 2021, que establece, entre otras circunstancias, que la contención presupuestaria no justifica la extensión temporal de la

interinidad por vacante y que existe un plazo de tres años máximo (aunque ciertamente flexible) para el desarrollo de aquel contrato. Una vez concluido dicho plazo, se declarará al trabajador como indefinido no fijo. La urgente reunión del Pleno como respuesta inmediata al pronunciamiento del TJUE también apoya la tesis defendida en la conclusión segunda: la rabiosa actualidad de todo lo relacionado con el ‘indefinido no fijo’.

OCTAVA. Las diferencias de la figura analizada respecto del ‘personal laboral fijo’ son claras, ya que este último tipo ya ha superado un procedimiento de selección reglamentario y, en consecuencia, forma parte de la plantilla laboral de la Administración, mientras que el indefinido no fijo es aquel trabajador que, temporalmente, tiene una vinculación laboral con aquella, como consecuencia del fraude en la contratación por tiempo determinado.

NOVENA. En la categoría del ‘personal laboral subrogado’ se halla todo aquel sujeto que, por exigencia del art. 130.3 LCSP, ha de ser subrogado por la Administración siempre que se den los requisitos legales para ello. Sin embargo, aquellas personas que venían desarrollando su trabajo en tanto ‘personal fijo’ en la empresa que presta el servicio, que ahora pasa a realizar la Administración Pública, no podrán convertirse en ‘personal laboral fijo’ en el seno de esta por las exigencias constitucionales y legales a las que ya hemos aludido. En consecuencia, serán declarados ‘indefinidos no fijos’, habiéndose descartado expresamente la calificación de ‘personal laboral indefinido a extinguir’.

DÉCIMA. En cuanto al contrato de ‘interinidad por vacante’, en ocasiones su devenir ha ido parejo al del ‘indefinido no fijo’. Ello a pesar de que sus diferencias conceptuales son notorias, ya que, el interino por vacante, es aquel sujeto que está vinculado por un contrato de duración determinada, celebrado con el objetivo de cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su provisión definitiva.

UNDÉCIMA. En lo que concierne al trabajador ‘fijo discontinuo’, en tanto este viene prestando su actividad laboral durante un tiempo determinado todos los años, su relación contractual tiene carácter indefinido (como la del indefinido no fijo) y no temporal. Asimismo, tanto a los fijos discontinuos como al indefinido no fijo se le reconoce el derecho al percibo de trienios o, lo que es lo mismo, el complemento de antigüedad (como se expone en la STS de 28 de enero de 2020).

DUODÉCIMA. Cabe afirmar la existencia del personal ‘indefinido no fijo discontinuo’, cuando el trabajador fijo discontinuo ha sido contratado en fraude de ley. En este caso, en cuanto al derecho al percibo de trienios, como reconoce la STS de 4 de mayo de 2021, se ha de tener en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado.

DECIMOTERCERA. El ‘indefinido no fijo’ se configura como un *tertium genus*, a medio camino entre el trabajador fijo y el trabajador que es contratado por tiempo determinado. Ello implica que, a veces, su caracterización se halla más próxima a una figura jurídica y, en ocasiones, a otras. Con todo, la jurisprudencia se ha decantado, a nuestro juicio de manera lógica, por equipararla a los trabajadores por tiempo indefinido, otorgándole la protección de la que carecía al ser contratado como trabajador temporal en fraude de ley.

DECIMOCUARTA. En la actualidad, se reconoce el derecho a la promoción profesional de los indefinidos no fijos con base en el argumento de que estos no se encuentran vinculados a un concreto puesto de trabajo, tal y como recoge la SAN de 2 de enero de 2015. Además,

esta sentencia establece el derecho a la movilidad de los trabajadores indefinidos no fijos, ya que tal movilidad no tiene efectos sobre su particular estatuto ni sobre su propio contrato. Tras el referido pronunciamiento, son varias las sentencias que han seguido esta tesis, lo que no impide que se rechace el derecho de preferencia de elección de los ‘indefinidos no fijos’ a la hora de ser trasladados, como reconoce el TS en su Sentencia de 31 de marzo de 2015. Sin embargo, el hilo conductor de la referida sentencia de la AN es el opuesto al de aquellos pronunciamientos, que, en materia de excedencia, rechazan este derecho para los indefinidos no fijos, dado que indican que estos no pueden incorporarse en una plaza de semejante naturaleza, partiendo de la tesis de que se hallan estrictamente vinculados a un puesto de trabajo, como se reconoce en la STJUE de 26 de diciembre de 2018. En definitiva, de nuevo el hecho de que el régimen jurídico de estos trabajadores se haya formado jurisprudencialmente provoca que existan contradicciones que permiten sostener una u otra postura en diferentes materias.

DECIMOQUINTA. Según la STJUE de 26 de diciembre de 2018, el indefinido no fijo no tiene derecho a la excedencia voluntaria ni a la forzosa, en tanto existen razones suficientes que justifican la desigualdad de trato (respecto de los trabajadores fijos); no estando ante situaciones jurídicas comparables, se respeta el art. 14 CE, la cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia imperante en este sentido. A pesar de lo afirmado hasta ahora, la cuestión no se puede responder de manera rotunda, ya que, con posterioridad, los tribunales han extendido el derecho a la excedencia voluntaria al indefinido no fijo, si bien con todas las limitaciones y consecuencias que resultan de su condición de ‘indefinido no fijo’ de plantilla. En definitiva, en el presente, aunque el indefinido no fijo podrá solicitar la excedencia, solo podrá reincorporarse a su puesto en la Administración Pública con la que venía desarrollando su vinculación laboral si dicha plaza sigue existiendo.

DECIMOSEXTA. El contrato laboral del trabajador indefinido no fijo se puede extinguir por las causas generales recogidas en el art. 49 ET, con la excepción de la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato [art. 49.1.c) ET], ya que, precisamente, por tener un contrato de carácter indefinido, su extinción no podrá depender del transcurso de un tiempo determinado. También se excluye la extinción por muerte, jubilación o incapacidad del empresario [art. 49.1.g) ET], lo que deriva de la idiosincrasia de la Administración. Asimismo, en cuanto a la extinción de la personalidad jurídica del contratante [art. 49.1.g) párrafo tercero ET], habrá que aplicar lo previsto en el art. 51 ET, relativo al despido colectivo. Finalmente, tampoco se aplica la extinción en el caso de la sucesión de empresas (en nuestro caso ‘reversión pública’, por ser el nuevo empresario una Administración Pública) regulada en el art. 44 ET.

DECIMOSÉPTIMA. En la actualidad, no parecen existir dudas acerca de que, además de las causas del art. 49 ET, la relación laboral del indefinido no fijo se pueda extinguir a través de ciertas causas específicas. Esto es, por la cobertura legal de la plaza y por la amortización de la misma, aunque, en este último caso, esta decisión ha de tramitarse por el procedimiento previsto para el despido por causas objetivas o, en su caso, el colectivo (al igual que si un contrato de trabajo de un trabajador fijo de plantilla ve cercenada su continuidad porque la empresa pone en juego causas de tipo organizativo, técnico o productivo). En cuanto a la extinción por amortización de la plaza, el cambio de doctrina avanza desde la calificación del ‘indefinido no fijo’ como un ‘contrato sometido a condición resolutoria’ hasta considerar este como una ‘obligación sujeta a término indeterminado’.

DECIMOCTAVA. Cuando el puesto ocupado por el indefinido no fijo sea cubierto por los procedimientos reglamentarios (oposición o concurso) y obtenido por otro trabajador, la relación laboral de aquel puede llegar a su fin. En estas circunstancias, y pese a los vaivenes jurisprudenciales, entre otros, los provocados por las SSTJUE de 14 de septiembre del 2016 (asunto C-596/14) y de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17), en la actualidad, la jurisprudencia niega el derecho a percibir la indemnización en caso de la extinción regular del contrato de trabajo de los trabajadores interinos. Empero, la STS de 28 de marzo de 2019 reconoce el derecho a la indemnización de veinte días por año trabajado a estos trabajadores indefinidos no fijos, apartándose de la doctrina establecida para el personal interino.

En definitiva, se está ante una figura jurídica compleja y en constante evolución, que pretende constituirse como el remedio a la contratación temporal irregular en el ámbito público, aunque, debido a la ausencia de regulación legal (y en consecuencia a su conformación jurisprudencial), la calificación de un trabajador como ‘indefinido no fijo’ no supone que este tenga seguridad jurídica. Por todo ello, se defiende la pronta actuación del legislador español para que, en el sentido marcado por la normativa y la jurisprudencia europea, prevea una solución eficaz a la contratación temporal irregular. Asimismo, se conmina a las Administraciones públicas a actuar desde la máxima pulcritud legal en el ámbito de la contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV: *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italianos y español* (coordinado por VIDA FERNÁNDEZ), Aranzadi, 2018.

ALFONSO MELLADO, C. L.: “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, *Revista de derecho social* n° 73, Albacete, 2016.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Cesión legal e ilegal”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2021.

<https://ignasibeltran.com/contratas-subcontratas-cesion-legal-e-ilegal-subrogacion-empresa-43/#inf1>.

- *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2021.

- “Indefinidos no fijos: una figura en la encrucijada”, *esPúblico*, 2021.

<https://ignasibeltran.com/2021/02/01/indefinidos-no-fijos-o-la-version-laboral-del-gato-de-schrodinger-ponencia/>

- “Finalmente, los interinos no tienen derecho a indemnización: el viaje de ida y vuelta del caso ‘de Diego Porras’ (STS 13/3/19)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2019.

<https://ignasibeltran.com/2019/03/28/finalmente-los-interinos-no-tienen-derecho-a-indemnizacion-el-viaje-de-ida-y-vuelta-del-caso-de-diego-porras-sts-13-3-19/>.

- “Los indefinidos no fijos no tienen derecho a la excedencia voluntaria reconocida a los fijos”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2019.

<https://ignasibeltran.com/2019/02/22/los-indefinidos-no-fijos-no-tienen-derecho-a-la-excedencia-voluntaria-reconocida-a-los-fijos/>.

- “Procesos de reversión pública, Directiva 2001/23 y asunción de personal: ¿la figura de indefinido no fijo sigue siendo posible? (STJUE 13/6/19, C-317/18, Correia Moreira)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2019.

<https://ignasibeltran.com/2021/02/17/reversion-en-el-sector-publico-y-doctrina-correia-moreira-no-cabe-declarar-fijeza-porque-los-principios-constitucionales-estan-por-encima-de-la-directiva-2001-23-stsj-navarra-1-10-20/>.

CABEZA PEREIRO, J.: “Devengo de trienios en el trabajo fijo discontinuo”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles* (dirigido por GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020.

CAMPOS DAROCA, J.M.: *Empleo público y fraude en la contratación temporal. Efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2017.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018.

- “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho* nº 35.2, 2017.

DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016.

ESTEBAN MIGUEL, A.: “La obligación de la Administración de subrogarse en el personal de la empresa contratista”, *Blog IDL-UAM*, Madrid, 2018.

<https://www.idluam.org/blog/la-obligacion-de-la-administracion-de-subrogarse-en-el-personal-de-la-empresa-contratista/#:~:text=130.3%20LCSP%20dispone%20que%20en,colectivo%20o%20un%20acuerdo%20de>.

FERREIRO REGUEIRO, C.: “Principio de no discriminación, promoción interna en la función pública y cómputo de los servicios prestados como funcionario interino”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles* (dirigido por GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020.

- “Crítica sobre la aplicación de la normativa laboral en la Administración Pública”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, 2014.

GÁRATE CASTRO, J.: “Sobre las condiciones bajo las cuales la reversión o el cambio de adjudicatario de un contrato de servicios constituyen una transmisión de empresa que no afecta a la licitud del despido colectivo total decidido por el adjudicatario saliente”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles* (dirigido por GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020.

- *Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo*, Editorial Netbiblo, A Coruña, 2012.

- “Una valoración crítica de la regulación de los deberes de los empleados públicos en su Estatuto Básico”, *El Estatuto básico del empleado público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2008.

- “Deberes, faltas y sanciones del empleado público en su Estatuto básico”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2008.

- “La movilidad funcional (art. 39)”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 2000.

- “Movilidad funcional en la empresa”, *Actualidad laboral*, 1993.

GARCÍA BLASCO, J.: “Transmisiones de empresas: de la protección del patrimonio jurídico de los trabajadores a los umbrales de efectividad del derecho del trabajo”, en el volumen AAVV: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

GORDO GONZÁLEZ, L.: “¿Es posible el reconocimiento unilateral de la condición de indefinido no fijo por parte de la Administración?”, *Blog del Instituto de Derecho Local de la UAM*, 2019.

<https://www.idluam.org/blog/es-posible-el-reconocimiento-unilateral-de-la-condicion-de-indefinito-no-fijo-por-parte-de-la-administracion/>.

LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Competencia jurisdiccional en las cuestiones litigiosas derivadas de los estados previos a la contratación laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo n° 98*, 1999.

MADRIGAL ESTEBAN, M. J. y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez 40-2015*, Madrid, 2015.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo. Contrastes y fricciones con el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2017.

- “Cesión ilegal de trabajadores y uso fraudulento del contrato de obra o servicio a través de proyectos de investigación solicitados por las Universidades”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2009.

MARÍN ALONSO, I.: “El personal estatutario temporal de la administración sanitaria en España: la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la contratación sucesiva sin causa justificativa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020.

MELLA MÉNDEZ, L.: “La reversión de servicios a la Administración Pública: puntos críticos desde la perspectiva laboral”, en el volumen AAVV: *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones públicas* (dirigido por GARCIA MURCIA, J.), Ministerio de Trabajo, Madrid, 2021, en prensa.

- “Sucesión de empresa: no existe en la reversión de contratos de limpieza sin asunción de plantilla”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles* (dirigido por GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020.

- “La desincentivación de la contratación temporal en España por la reforma laboral de 2010”, *Documentación Laboral*, 2010.

- “Reflexiones sobre la forma del despido disciplinario en los Derechos inglés y español”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, 2010.

MERCADER UGUINA, J. R.: “La camaleónica figura del indefinido no fijo”, *Elderecho.com*, 2019.

<https://elderecho.com/la-camaleonica-figura-del-indefinido-no-fijo>.

MIRANDA BOTO, J. M.: “Historia de una ida y de una vuelta: la discutida indemnización de los interinos”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles* (dirigido por GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020.

MORENO VIDA, M. N.: “Medidas frente a la temporalidad abusiva en la administración pública (funcionarios interinos y personal estatutario eventual”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles* (dirigido por GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020.

NORES TORRES, L. E.: “La competencia para resolver los conflictos del personal laboral al servicio de las AA.PP., en particular, los relacionados con las bolsas de trabajo”, *Elderecho.com*, 2014.

<https://elderecho.com/la-competencia-para-resolver-los-conflictos-del-personal-laboral-al-servicio-de-las-aa-pp-en-particular-los-relacionados-con-las-bolsas-de-trabajo-2>.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Sobre cuando la sucesión de concesiones administrativas y contratas constituye sucesión de empresas”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles* (dirigido por GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020.

PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016.

RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J. I.: “Indefinido no fijo, régimen jurídico y extinción del contrato”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 2015.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Acceso al empleo público: la necesaria revisión del modelo actual”, en el volumen AAVV: *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italianos y español* (coordinado por VIDA FERNÁNDEZ, J.), Aranzadi, 2018.

- “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *Aranzadi Social vol. 3 n° 12*, 2010.

ROJO TORRECILLA, E.: “Sigue la saga universitaria. Profesores universitarios indefinidos no fijos, retribuidos como profesores ayudante doctores cuando deben serlo como profesores lectores. Notas a la sentencia del TSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2019, y amplio recordatorio de la de 6 de marzo de 2018 (nuevo caso Universidad Pompeu Fabra)”, *El nuevo*

y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, 2019.

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/12/sigue-la-saga-universitaria-profesores.html>.

- “El impacto de la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en la progresiva desaparición de las diferencias entre funcionarios interinos y de carrera (sin olvidar a los trabajadores indefinidos no fijos). A propósito de la sentencia del TS (C-A) de 11 de junio de 2018 (y referencias a las del TSJ Cataluña, C-A, de 23 de mayo, y TS, Social, de 2 de abril)”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2018.

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/06/el-impacto-de-la-directiva-199970ce-y.html>.

SANGUINETI RAYMOND, W.: “La controvertida no readmisión de los trabajadores indefinidos no fijos”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles* (dirigido por GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020.

SELMA PENALVA, A.: “El polémico derecho a la promoción profesional de los trabajadores indefinidos no fijos. Comentario a la Sentencia nº 352/2018 del Tribunal Supremo, sala 4ª, de lo social, 2 de abril de 2018”, *IUSLabor*, 2018.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Evolución de la jurisprudencia casacional sobre la figura del indefinido no fijo”, en el volumen AAVV: *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italianos y español*, coordinado por VIDA FERNÁNDEZ, Aranzadi, 2018.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, Y.: *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.

VILLALBA SÁNCHEZ, A.: “Derecho del Trabajo”, en el volumen AAVV: *Manual de conceptos jurídicos básicos*, dirigido por ALONSO SALGADO, C. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., COLEX, Santiago de Compostela, 2021.

- “Contratos de trabajo de duración determinada del profesorado universitario: derecho a trienios y principios de no discriminación”, en el volumen AAVV: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles* (dirigido por GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.), Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2020.

- “La garantía de los derechos de los trabajadores afectados por una sucesión de empresa frente a los principios rectores del acceso al empleo público”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 2020.

- “Subcontratación de obras y servicios, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa”, en el volumen AAVV: *Cuadernos Prácticos de Derecho laboral* (dirigido por SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., GUTIÉRREZ PÉREZ, M. y SOLIS PRIETO, C.), Ediciones Laborum, Murcia, 2020.

- “La amortización de la plaza como causa de extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo en las administraciones públicas”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, 2014.

ANEXO I: RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 17 de marzo de 2021 (asunto C-652/19; TJCE 65).

STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19; JUR 178761).

STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-942/19; JUR 180680).

STJUE de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18; TJCE 17)

STJUE de 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18; TJCE 118)

Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18; TJCE 228).

STJUE de 5 de junio de 2018 (asunto C-574/16; TJCE 64).

STJUE de 5 de junio de 2018 (asunto C-677/16; TJCE 65).

STJUE de 25 de julio de 2018 (asunto C-96/17; TJCE 133).

STJUE de 7 de agosto de 2018 (asunto C-472/16; TJCE 156).

STJUE de 21 de noviembre de 2018 (asunto C-619/17; TJCE 209).

STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14; TJCE 111).

STJUE de 26 de noviembre de 2015 (asunto C-509/14; TJCE 283).

STJUE de 13 de marzo de 2014 (asunto C-190/13; TJCE 108).

STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09; TJCE 4).

STJUE de 10 de junio de 2010 (asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08; TJCE 171)

STJUE de 12 de febrero de 2009 (asunto C-466/07; TJCE 29).

STJUE de 26 de septiembre del 2000 (asunto C-175/99; TJCE 212).

SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 18 de febrero de 2021 (RTC 38).

STC de 15 de marzo de 2021 (RTC 51).

STC de 31 de octubre de 2018 (RTC 122).

STC de 18 de diciembre de 2017 (RTC 149).

STC de 14 de octubre de 2013 (RJ 8389).

STC de 22 de octubre de 2013 (RJ 7662).

Auto del TC de 28 de abril de 2009 (RTC 124).

STC de 20 de diciembre de 1995 (RTC 1999/240).

STC de 7 de junio de 1994 (RTC 171).

Auto del TC de 6 de junio de 1988 (RTC 714).

Auto del TC de 4 de julio de 1988 (RTC 858).

STC de 17 de febrero de 1984 (RTC 22).

STC de 2 de julio de 1981 (RTC 22).

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS de 14 de enero de 2021 (RJ 29).

STS de 20 de enero de 2021 (RJ 292).

STS de 13 de abril de 2021 (JUR 137381).

STS de 27 de abril de 2021 (JUR 173042).

STS de 29 de abril de 2021 (JUR 146992).

STS de 4 de mayo de 2021 (JUR 174114).

STS de 18 de mayo de 2021 (JUR 178780).

STS de 18 de mayo de 2021 (JUR 179513).

STS de 19 de mayo de 2021 (JUR 179468).

STS de 28 de junio de 2021 (JUR 212930).

STS de 28 de enero de 2020 (RJ 689).

STS de 18 de junio de 2020 (RJ 2747).

STS de 18 de junio de 2020 (RJ 2635).

STS de 3 de diciembre de 2020 (RJ 502).

STS de 13 de marzo de 2019 (RJ 1164).

STS de 28 de marzo de 2019 (RJ 1714).

STS de 24 de abril de 2019 (RJ 1941).

STS de 18 de junio de 2019 (RJ 2437).

STS de 18 de junio de 2019 (RJ 2818).

STS de 19 de noviembre de 2019 (RJ 5476).

STS de 2 de abril de 2018 (JUR 99032).

STS de 11 de abril de 2018 (RJ 1851).

STS (C-A) de 11 de junio de 2018 (RJ 2731).

STS de 27 de septiembre de 2018 (RJ 4619).

STS de 2 de febrero de 2017 (RJ 512).

STS de 28 de marzo de 2017 (RJ 1808).

STS de 1 de junio de 2017 (RJ 2889).

STS de 21 de julio de 2016 (RJ 4515).

STS de 31 de marzo de 2015 (RJ 1505).
STS de 24 de junio de 2014 (RJ 4380).
STS de 27 de febrero de 2013 (RJ 4349).
STS de 13 de mayo de 2013 (RJ 5142).
STS de 22 de julio de 2013 (RJ 7657).
STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 8521).
STS de 6 de junio de 2012 (RJ 8960).
STS de 24 de septiembre de 2012 (RJ 10286).
STS de 27 de septiembre de 2012 (RJ 9997).
STS de 19 de enero de 2010 (RJ 3103).
STS de 3 de mayo de 2006 (RJ 7073).
STS de 16 de mayo de 2005 (RJ 5186).
STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004\283).
STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 9893).
STS de 25 de junio de 2001 (RJ 7079).
STS de 27 de marzo del 2000 (RJ 3128).
STS de 21 de enero de 1998 (RJ 1138).
STS de 5 de octubre de 1998 (RJ 8659).
STS de 2 de abril de 1997 (RJ 3045).
STS de 9 de junio de 1997 (RJ 4692).
STS de 7 de octubre de 1996 (RJ 7492).
STS de 3 de noviembre de 1993 (RJ 8539).
STS de 27 de enero de 1992 (RJ 75).
STS de 18 de marzo de 1991 (RJ 1875).
STS de 24 de abril de 1990 (RJ 3490).
STS de 27 de noviembre de 1989 (RJ 8262).
STS de 7 de mayo de 1984 (RJ 2972).

SENTENCIAS Y AUTOS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

SAN (C-A) de 30 de marzo de 2021 (JUR 125233).
Auto de la AN de 5 de mayo de 2021 (JUR 154336).
SAN (C-A) de 2 de enero de 2015 (JUR 37928).

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de enero de 2021 (JUR 92342).

STSJ de Madrid de 18 de enero de 2021 (AS 863).

STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de enero de 2021 (JUR 93434).

STSJ de Asturias de 2 de marzo de 2021 (JUR 138390).

STSJ de Galicia de 5 de marzo de 2021 (JUR 140449).

STSJ de Murcia de 30 de marzo de 2021 (JUR 171899).

STSJ de Andalucía (Sevilla) de 28 de abril de 2021 (JUR 202467).

STSJ de Cantabria de 31 de mayo de 2021 (JUR 186063).

STSJ de Galicia de 17 de junio de 2021 (JUR 214953).

STSJ de Galicia de 17 de junio de 2021 (JUR 215451).

STSJ de Baleares de 17 de marzo de 2020 (AS 2029).

STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2019 (AS 2020\57).

STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de septiembre de 2018 (JUR 297651).

STSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de junio de 2016 (AS 1400).

STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2016 (AS 1298).

STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de junio de 2015 (AS 1708).

STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2014 (RJ 96176).

STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2014 (AS 1030).

STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de septiembre de 2013 (JUR 371357).

STSJ de Navarra de 5 de octubre de 2011 (AS 2012\873)

STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2010 (AS 1607).

STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de abril de 2001 (AS 2066).

STSJ de la Rioja de 30 de noviembre de 1994 (AS 4335).

SENTENCIAS Y AUTOS DE LOS JUZGADOS DE LO SOCIAL

SJS nº 1 de Valladolid de 26 de enero (JUR 215205).

SJS nº 11 de Bilbao de 4 de marzo de 2021 (AS 905).

SJS nº 1 de Ávila de 2 de diciembre de 2019 (AS 2020/1501).

Auto del JS nº1 de Granada de 7 de febrero de 2014 (JUR 2016\31370).