

## PREPARANDO UN NUEVO CAMBIO EN LA REGULACIÓN DE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 7 de noviembre de 2016, RCUD 755/2015](#)

**Miguel Rodríguez-Piñero Royo**

*Catedrático. Universidad de Sevilla<sup>1</sup>  
Senior Counsellor. PwC*

### 1. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia laboral se encuentra en plena ebullición gestionando el impacto de las tres famosas sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, especialmente la [sentencia \*De Diego Porras\*](#). Todas ellas han tenido, en mayor o menor medida, un reflejo judicial en nuestro país, lo que es lógico considerando que el TJUE se ha pronunciado sobre aspectos fundamentales de una institución central en nuestro Derecho del Trabajo, la contratación temporal; y lo ha hecho en términos sumamente críticos. En concreto, en [De Diego Porras \(asunto C-594/14\)](#) considera que la legislación española, al no prever indemnización alguna para la extinción de los contratos de trabajo de los interinos de la Administración, vulnera el principio de no discriminación entre trabajadores fijos y temporales que impone la [Directiva 1999/70/CE](#).

Objeto de este comentario es una sentencia de la Sala de lo Social del TS, concretamente la de [7 de noviembre de 2016](#), que ha sido, por motivos puramente circunstanciales, objeto de mucha atención en los círculos jurídicos. Y lo ha sido por haberse interpretado como la primera ocasión en la que nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado en relación con los efectos de esta doctrina jurisprudencial unioneuropea, en el marco de una saga judicial en la que habían intervenido hasta entonces solo juzgados de lo social y tribunales superiores de justicia.

---

<sup>1</sup> Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322. Este trabajo es un resultado científico del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R, «Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico».

La sentencia, en realidad, supone la confluencia de dos líneas jurisprudenciales: la ya citada de fijación de los efectos de la «[doctrina De Diego Porras](#)», de un lado; y la construcción jurisprudencial del régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos (en adelante, INF). Esta figura ha sido objeto de una verdadera regulación judicial, con una base legislativa escasa y tardía. La complicación de gestionar esta figura ha puesto de manifiesto sus limitaciones, generando durante años situaciones de insuficiente protección jurídica que los tribunales, nacionales y comunitario, han tenido que ir corrigiendo. El resultado final de todo el proceso ha sido una clara evolución en el diseño normativo de esta modalidad, con algunos de sus elementos fundamentales ya consolidados jurisprudencialmente y otros no tanto, y un marcado carácter anfíbológico: temporal para algunas cosas, e indefinido para otras. Los tribunales se han centrado últimamente en fijar el tratamiento de la extinción del contrato de trabajo de esta categoría, disponiéndose de una doctrina bastante consolidada en la que el TS reconoce el derecho a indemnización de los INF distinguiendo en cuanto a su cuantía según la causa por la que se produce esta: si por amortización del puesto de trabajo (indemnización como despido), o si por cobertura reglamentaria del puesto de trabajo (como terminación de contrato temporal).

La conexión entre ambas líneas la había realizado previamente el TJUE, que había considerado que la [Directiva 1999/70/CE](#) se aplica a los INF, que son considerados a estos efectos como temporales ([Auto de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14, León Medialdea](#)). También ha estimado que esta figura supone una medida adecuada para evitar los abusos en la contratación de duración determinada, en los términos indicados por el artículo 5 del Acuerdo Europeo, y que por ello debería extenderse al conjunto del empleo público ([Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, Martínez Andrés](#)). Siendo temporales, y la «[doctrina De Diego Porras](#)» trata de los derechos de estos, su aplicación a esta categoría parecía la consecuencia lógica. Ahora veremos qué ha dicho nuestro TS al respecto.

## 2. EL SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho es uno muy común en la práctica de nuestras relaciones laborales, hasta el punto de haberse convertido en un litigio-tipo en la jurisdicción social. Se trata de un trabajador que encadena diversos contratos temporales hasta que su relación de trabajo termina por sacarse la plaza que ocupa a concurso, y no obtenerla frente a otros candidatos. Como particularidad frente a otros supuestos que encontramos en la jurisprudencia, en este caso particular la persona había estado prestando servicios al ayuntamiento en ocasiones «sin contrato», o sin que constatará qué tipo de contrato le vinculaba a este, lo que agravaba aún más la conducta de su empleador. La plaza que ocupaba se incluye con un código propio en la plantilla de personal de la entidad local, y sale a concurso público, al que no se presenta el trabajador. Cuando dicha plaza es finalmente ocupada, el trabajador ve extinguida la relación laboral con el ayuntamiento, y recurre contra esta decisión a través del procedimiento de despido. En instancia se desestima su demanda de despido, pero se le reconoce la condición de indefinido no fijo y el derecho a ser indemnizado, lo que fue confirmado en suplicación por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña.

Contra este fallo en recurso se presenta casación unificadora por parte del ayuntamiento empleador, que es lo que da lugar a esta sentencia del TS.

### 3. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Hay que destacar de esta sentencia dos aspectos: uno es lo que la sentencia hace, la doctrina que dice; y otro lo que no hace, lo que deja de lado. Este último aspecto ha sido casi más relevante que el primero.

Comencemos con lo que dice: tras una amplia cita literal de lo afirmado por la propia Sala en las sentencias que fijan la doctrina vigente sobre la naturaleza jurídica de los INF, y el régimen jurídico de la terminación de su relación laboral, concluye que el demandante tenía derecho a una indemnización similar a la de un contrato de duración determinada: «En relación con la finalización de esos contratos por la cobertura reglamentaria de la plaza, es este un supuesto de extinción del vínculo que no puede ser calificado de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET, y a estos casos hemos venido anudando las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto, desde el momento en que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones relacionadas con los principios de acceso a puestos públicos». Consecuencia: la terminación no es despido, sino extinción, y merece la indemnización prevista para estos supuestos, de acuerdo con una práctica consagrada por el TS desde el año 2013.

Esto es lo que afirma la sentencia; que como se ha dicho aplica jurisprudencia consolidada anterior. Pero parece que el TS no ha querido desaprovechar la oportunidad de enlazar con la corriente principal de los pronunciamientos de los TSJ que han aplicado la doctrina del TJUE. Así, una vez fijados los términos de la controversia a resolver, la doctrina aplicable y la consecuencia a la que se llega, añade una afirmación que ha generado gran incertidumbre, y desde luego poco ha clarificado la situación de nuestra jurisprudencia sobre extinción de contratos temporales. Dice lo siguiente: «La cuestión que se plantea viene siendo objeto de múltiples controversias, la mayoría de ellas ya abordadas por esta Sala IV del Tribunal Supremo. No es este el momento de pronunciarnos sobre los efectos que sobre esta materia haya de producir la reciente STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto De Diego Porras, C-596/14), ya que quien recurre es la parte demandada y, por consiguiente, no se suscita aquí la cuestión del importe de la indemnización. Sin embargo, sí hemos de estar a los criterios que hemos venido estableciendo en relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público».

No aplica *De Diego Porras*, sino tan solo su propia jurisprudencia sobre INF. Pero no porque no corresponda hacerlo. Por el contrario lo que se dice es que «no es el momento de pronun-

ciarse»; y ello porque la empleadora actúa aquí como demandada. Es este hecho el que determina que no quepa entrar a valorar la aplicación de la regla de *De Diego Porras*. No por una cuestión material (se está tratando una materia diferente), ni de fuentes del Derecho (posibilidad de aplicar con efecto directo una norma europea) ni procesal (no se había planteado esta cuestión en ninguna de las fases del proceso). Solo hay un elemento, en parte procesal, en parte constitucional, que determina que no se entre a ello: la condición de demandante que provoca («por consiguiente») que no se pueda entrar en la cuestión de la cuantía de la indemnización, dejando clara el TS la existencia de una relación causa-efecto entre ambos elementos.

Existiendo esta conexión, surgen inmediatamente las dudas: ¿aplicaría *De Diego Porras* si el recurrente fuera el trabajador? Y si la aplica, ¿en qué sentido? ¿Se da por buena la fijación de la cuantía de la indemnización en 20 días por año que ha hecho el TSJ de Madrid? ¿Se acepta la ampliación de la igualdad indemnizatoria a todos los contratos temporales estructurales, como ha hecho el TSJ del País Vasco? ¿Se acepta que se pueda entrar a decidir sobre esta cuestión, aunque no se haya planteado durante el proceso de instancia, como han hecho casi todos los TSJ, con la sola excepción del de Andalucía? Siempre es difícil extraer conclusiones *a contrario sensu*; más aún en este caso, cuando la sala deja muy claro que no quiere pronunciarse, ni en un sentido ni en otro. No me parece, por ello, que debamos sobre la base de este fallo conjeturar sobre una posible posición de nuestro Alto Tribunal sobre *De Diego Porras* y cómo debemos aplicarla.

En cualquier caso no podemos sino estar de acuerdo con la posición del TS. Lo que se viene a decir es que esta cuestión es ya conocida y resuelta en el ámbito interno, aplicando el Derecho nacional los órganos judiciales internos, y que hay que estar a esta solución. En teoría podríamos pensar que, dado que se trata de INF, *De Diego Porras* ni entra ni sale; porque no estaríamos tratando de una potencial discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos, sino del tratamiento del despido de un empleado indefinido; un tipo peculiar de indefinido, pero indefinido al fin. Sin embargo, ni el TJUE ni el TS consienten este planteamiento: el primero porque ha dejado claro que a efectos del Derecho unioneuropeo son como temporales; y el TS, porque ha ido cambiando su doctrina hasta pasar a considerar que tienen esta calificación.

El TS vuelve a la jurisprudencia de Luxemburgo para apoyar la legitimidad de su interpretación en un aspecto completamente distinto al de la indemnización para los trabajadores temporales. Lo hace para validar su propia construcción del trabajador indefinido no fijo, afirmando que el reconocimiento de la indemnización del artículo 49.1 c) del ET «es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En concreto en el ATJUE de 11 diciembre 2014 (asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149), que da respuesta a una cuestión prejudicial española, se deja patente que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan incluidos en el marco de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada». No solo esto, sino que este tribunal llega a considerarla imprescindible: «Además, el TJUE pone de relieve que es contraria a la Directiva una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos (en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco) resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público».

Cuando se conoció este fallo en los medios económicos y jurídicos se lo presentó en el contexto de la *saga De Diego Porras*, como una sentencia en la que el Supremo se pronuncia por primera vez sobre la cuestión de la indemnización de los interinos, tras la revolución de septiembre de 2016; y con la que este órgano se separó de lo que habían afirmado hasta ese momento los TSJ que habían tenido ocasión de pronunciarse. En realidad esto no es así del todo, y aunque la filiación con la doctrina del TJUE es clara, por los motivos indicados *supra*, la realidad es que en esta ocasión el TS no aporta nada al desarrollo de esta construcción, aunque haya sido por motivos procesales y no jurídicos. Sigue pendiente por ello un pronunciamiento de este órgano para aclarar la cuestión.

#### 4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA

Si analizamos el desarrollo de la *saga De Diego Porras* de un modo lineal, como una serie de pronunciamientos que de manera progresiva iban reconociendo el déficit indemnizatorio a un mayor número de supuestos de trabajo temporal, esta sentencia podría significar un verdadero paso atrás. A pesar de que el propio TS desmiente esta filiación, se la ha querido ver como un primer tropiezo en lo que hasta ahora había sido un desfile triunfal de sentencias de TSJ casi unánimes.

Algo hay de *wishful thinking* en estas interpretaciones de la [Sentencia del TS de noviembre de 2016](#), de búsqueda de un soporte para las posturas críticas con la forma en que el TJUE había resuelto esta cuestión, y con la manera en que los TSJ la habían reproducido. Es cierto que esta sentencia ha sido como un disparo fallido, que ha dejado la cuestión huérfana de un pronunciamiento del TS, sobre cuya necesidad hay total consenso. También lo es que ha querido dejar claro que no podía inclinarse por una u otra interpretación del alcance de la jurisprudencia unioneuropea. Pero es igualmente verdadero que el tribunal está allanado el camino para el siguiente paso en su construcción del INF como modalidad contractual con un régimen jurídico propio.

En lo que puede resolver, la cuestión interna, reconoce sin lugar a dudas la naturaleza del INF como parte de un *sui generis* contrato temporal, con un plazo indeterminado (hasta que se ocupe regularmente la plaza). El órgano nacional ha dicho que cuando esto ocurre, si el trabajador no ha adquirido el derecho a ocuparla y el contrato se extingue, esto debe homologarse con la terminación de un contrato de esta naturaleza, temporal, por lo que debe ser indemnizado. Así se entiende esta figura desde las grandes sentencias de 2013-2014 con las que el TS dio un vuelco en la visión del INF.

*De Diego Porras* tiene en realidad distinto alcance según el tipo de trabajo temporal. Lo que vino a decir el TJUE es que cuando se extingue su contrato se tiene derecho al mismo tratamiento indemnizatorio que reciben los indefinidos. Si la legislación nacional no reconoce indemnización alguna, entonces por mandato de la [Directiva](#) se te tiene que reconocer una; pero si la tienes, aunque con una cuantía inferior que un trabajador fijo comparable, entonces tienes derecho a compensar la diferencia. El déficit indemnizatorio existe en uno y otro caso, pero se corrige de diferente manera según su alcance.

Parece claro que un INF es, a estos efectos, un trabajador temporal, porque así lo han dicho el TJUE y el TS. Y este ha dictaminado que tienen derecho a la misma indemnización de los contratados a término si se les expulsa del empleo por cobertura de la plaza. Si de acuerdo con la doctrina del TJUE (pues este nada ha dicho sobre el particular) los TSJ consideran que todos los temporales deben ver equiparada la cuantía con los fijos, la consecuencia lógica no puede ser sino que la indemnización de los 20 días también se extenderá a este colectivo. La contribución de la sentencia del TS que se comenta va por esta vía: no puede dar este último paso, por cuestiones procesales, pero deja la cuestión preparada para darlo.

La mejor muestra de que los INF van a ver reconocido su déficit indemnizatorio cuando su contrato se termine por provisión de la plaza está en que en las mismas fechas en que el TS falló la sentencia que comentamos la Sala de lo Social de un TSJ, el de Asturias, dictó dos sentencias sobre trabajadores clasificables como INF, en las que aplica sin ningún tipo de dudas *De Diego Porras* (son del 2 y del 8 de noviembre). En este caso los demandantes eran trabajadores, por lo que la posible objeción a considerar su pertinencia no regía. En uno y otro caso, aunque con argumentaciones sorprendentemente diferentes, el TSJ entiende que a los INF se aplica el principio de no discriminación de la Directiva sobre contratos de duración determinada; y que, cuando se trataba de la extinción de su contrato por cobertura de la plaza que ocupan, rigen las mismas reglas que para la terminación de los contratos temporales: la equiparación con el despido objetivo procedente, y su indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

Desde el punto de vista de la saga de pronunciamientos de los TSJ aplicando la doctrina del TJUE sobre el déficit indemnizatorio, el interés de estos dos está en tres aspectos: materialmente, amplían los efectos de la doctrina a otro colectivo de trabajadores, el de los indefinidos no fijos, continuado la tendencia expansiva de los TSJ que han ido reconociendo el déficit indemnizatorio a un número cada vez mayor de tipos de contratos de duración determinada; doctrinalmente, conectan su postura con otras construcciones tanto del TJUE como del TS español, ampliando también el soporte jurídico para sus fallos; y procesalmente, consolidando la práctica de los TSJ que aplican la directiva y la «doctrina *De Diego Porras*» de manera directa, incluso en reclamaciones por despido en las que no se argumentó el déficit indemnizatorio, sin que se produzca incongruencia.

Una reflexión final: es muy de agradecer que el TS haya aceptado a entrar en el análisis de esta cuestión en su [Sentencia de 7 de noviembre de 2016](#), aceptando la existencia de una contradicción de doctrina y de todos los requisitos para ello en este asunto. Cierto es que se trataba de dos sentencias de un mismo órgano jurisdiccional en el que, ante un supuesto de conversión de un trabajador temporal en indefinido no fijo, una reconocía el derecho a indemnización, y otra no. Pero la verdad es que en materia de despido este órgano había sido muy renuente a entrar, amparándose en su propia construcción sobre los requisitos de acceso el recurso de casación para la unificación de doctrina. Es de esperar que esta relativa flexibilización sirva también para dar acceso a asuntos que le permitan fijar su jurisprudencia sobre el impacto de la «doctrina *De Diego Porras*» en nuestro Derecho, lo que parece cada vez más necesario.