

## INDEFINIDO NO FIJO, RÉGIMEN JURÍDICO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO

**Jesús Ignacio Rodríguez Alcázar**

*Licenciado en Derecho. Máster en Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia.  
Magistrado del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada*

---

### EXTRACTO

El presente trabajo pretende ser un análisis de la figura del indefinido no fijo en el ámbito de la Administración. En primer lugar se hace un examen del régimen jurídico aplicable, partiendo para ello del análisis de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y los distintos Tribunales Superiores de Justicia, intentando dar respuesta a las cuestiones más polémicas que se han ido suscitando, caso de las retribuciones o el ejercicio de determinados derechos. El aspecto que mayor trascendencia tiene es el relativo a las consecuencias jurídicas derivadas de la extinción del contrato, y para tratar el mismo se incluyen las más recientes sentencias del Tribunal Supremo, que han implicado un profundo cambio jurisprudencial. Pero se analiza también esta cuestión desde la perspectiva del Derecho comunitario, a raíz además del dictado de un auto por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta materia.

**Palabras claves:** indefinidos no fijos, Administración y despido.

---

*Fecha de entrada: 07-05-2015 / Fecha de aceptación: 17-09-2015*

## UNDEFINED NON-RESIDENT, LEGAL STATUS AND TERMINATION OF CONTRACT

Jesús Ignacio Rodríguez Alcázar

---

### ABSTRACT

This paper aims to be an analysis of the figure of indefinite non-resident in the field of administration. First a review of the applicable legal regime, starting to do the analysis of judgments of the Supreme Court and various High Courts of Justice is done, trying to answer the most contentious issues that have arisen, case becomes remuneration or the exercise of certain rights. The most significant aspect that has is related to the legal consequences of the termination of the contract, and to treat it the most recent Supreme Court rulings, which involved a deep jurisprudential change are included. But this question is also discussed from the perspective of community Law, following addition to the issuance of an order by the Court of Justice of the European Union on this matter.

**Keywords:** undefined non-resident, administration and dismissal.

---

---

## Sumario

1. Indefinido no fijo. Régimen jurídico
  - 1.1. Las referencias al indefinido no fijo en el Estatuto Básico del Empleado Público
  - 1.2. Reconocimiento de la condición de indefinido no fijo
  - 1.3. Estatuto jurídico
    - 1.3.1. La retribución del trabajador indefinido no fijo
    - 1.3.2. Antigüedad del indefinido no fijo
    - 1.3.3. Promoción profesional
    - 1.3.4. Excedencias
    - 1.3.5. Titularidad de la opción por la indemnización o la readmisión en caso de improcedencia del despido
    - 1.3.6. Concursos de traslado
2. La extinción del contrato: Amortización de la plaza y cobertura reglamentaria
  - 2.1. Cobertura de la plaza mediante proceso selectivo. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002
  - 2.2. Cobertura por procedimientos internos
  - 2.3. Opción de la Administración por la indemnización en caso de despido
  - 2.4. Extinción por amortización de la plaza
    - 2.4.1. Jurisdicción competente
    - 2.4.2. Amortización mediante despido objetivo
    - 2.4.3. Última posición del Tribunal Supremo
3. La influencia del Derecho comunitario
  - 3.1. La Directiva 1999/70/CE sobre contratación temporal y la Administración pública
  - 3.2. Incidencia en la doctrina de los indefinidos no fijos
4. Conclusiones
  - 4.1. Fracaso y efectos perversos de la actual solución jurisprudencial
  - 4.2. Alternativas

## 1. INDEFINIDO NO FIJO. RÉGIMEN JURÍDICO

### 1.1. LAS REFERENCIAS AL INDEFINIDO NO FIJO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

El artículo 8.2 del [Estatuto Básico del Empleado Público](#) (EBEP) establece que los empleados públicos se clasifican en Funcionarios de carrera, Funcionarios interinos, Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, y Personal eventual. Por su parte el artículo 11.1 del [EBEP](#) concreta que «es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal».

Es llamativo sin embargo que, pese a recoger por primera vez en una norma la figura creada jurisprudencialmente del indefinido no fijo, en la exposición de motivos no se haga referencia alguna a la misma. Dentro de esa referencia a la contratación laboral, lo relevante es la aparición, por primera vez y en una norma con rango de ley, de una mención expresa al contrato por tiempo indefinido de forma diferenciada del contrato fijo. Esta referencia al indefinido no fijo en los artículos 8 y 11 del [EBEP](#) hay quien considera que viene referida a los profesores de religión<sup>1</sup> (incluso así se afirma en la [STS de 22 de julio de 2013, RCU 1380/2012](#)) y no a la figura definida como tal por la jurisprudencia de la Sala Cuarta, aunque la mayoría de la doctrina ha considerado que con estos preceptos lo que se recogía por primera vez era la creación jurisprudencial del indefinido no fijo.

Sin embargo, las novedades que encontramos en el [EBEP](#) se agotan prácticamente en esa referencia a la figura, pues se echa de menos una regulación detallada que aborde su régimen jurídico y solvente los problemas surgidos en aspectos clave tales como su distinción con figuras afines o las normas aplicables a la extinción del contrato. Resulta sorprendente que tras 30 años de evolución jurisprudencial sobre la respuesta que debe darse a la contratación irregular por parte de la Administración, cuando por fin se recoge en una norma la figura perfilada por el Tribunal Supremo, no se haya dado una respuesta definitiva a todos los problemas que plantea esta categoría de creación judicial, fuese acoger la posición jurisprudencial y completarla, fuese adoptar una solución distinta.

---

<sup>1</sup> PINAZO HERNANDIS, J.: «Disonancias y ausencias en la relación laboral de empleo público», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2009, núm. 770.

## 1.2. RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE INDEFINIDO NO FIJO

La primera cuestión que se plantea es la relativa al modo en que el trabajador accede a la condición de indefinido no fijo, algo que ocurrirá en la mayor parte de los casos en virtud de una declaración judicial en tal sentido, aunque nada excluiría que fuese la propia Administración la que, ante una clara irregularidad en la contratación, admitiese tal naturaleza a la relación laboral. Las vías pueden ser por tanto muy variadas.

Cabe por una parte que el trabajador, considerando que la relación temporal que lo vincula con la Administración no es tal, formule demanda de tipo declarativo con el fin de obtener un pronunciamiento acerca del carácter indefinido o no de su vínculo contractual. En tal caso no se podría considerar que es una acción meramente declarativa como indicó la [STS de 16 de septiembre de 2009 \(RCUD 2570/2008\)](#) en un caso en el que se pretendía una declaración en el sentido de no ser interino por vacante sino indefinido no fijo.

Para llegar a esta conclusión, el tribunal recordó las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional admitiendo este tipo de acciones meramente declarativas en el ámbito laboral (SSTC [71/1991, de 8 de abril](#), [210/1992 de 30 de noviembre](#) y [65/1995, de 8 de mayo](#)). También las propias sentencias de la Sala Cuarta especificando su doctrina al respecto, en el sentido de requerir «la existencia de una verdadera controversia» y la «conurrencia de una necesidad de protección jurídica». Analizando el supuesto concreto, se aprecia que no son exactamente equiparables los interinos por vacante (ligados, dice la sentencia, estrictamente a un proceso de cobertura) y los indefinidos no fijos, y por ello se considera que la pretensión ejercitada tiene un interés real y susceptible de acceder a la tutela judicial.

Cabe en segundo lugar también que como consecuencia de la extinción de un contrato temporal se formule demanda de despido, y en ese proceso especial se establezca que la condición del trabajador es en realidad la de indefinido, bien por una duración excesiva de los contratos temporales superando los límites legales, bien por su carácter directamente fraudulento, provocando una declaración de improcedencia del despido. Esta es posiblemente la vía más usual en la práctica para el reconocimiento de este tipo de situaciones.

Es también relativamente común el planteamiento de acciones declarativas o de despido en las que se alega la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, supuesto de enorme gravedad pero de frecuente aparición. Muestra de ello es el examen de recientes pronunciamientos de distintas Salas de lo Social que reconocen la cesión ilegal, los cuales pueden ser encontrados sin dificultad: Sentencias de los TSJ de las Islas Canarias/Las Palmas núm. 1500/2013, de 10 de octubre (rec. núm. 1775/2011); de Galicia, núm. 3976/2013, de 26 de julio (rec. núm. 1432/2013); de Andalucía/Granada, núm. 1211/2013, de 20 de junio (rec. núm. 873/2013); de Cataluña, núm. 3645/2013, de 24 de mayo (rec. núm. 964/2013); de Murcia, núm. 554/2013, de 20 de mayo (rec. núm. 118/2013); de la Comunidad Valenciana, núm. 50/2014, de 20 de enero (rec. núm. 2566/2013), o de Andalucía/Sevilla, núm. 1559/2014 de 5 de junio (rec. núm. 1182/2013), entre otras.

Por desgracia la Administración en numerosas ocasiones acude a personal contratado por terceras empresas con las que se vincula mediante contrato de servicios, y esos trabajadores se integran en la organización administrativa en las mismas condiciones que sus compañeros de trabajo que son personal laboral de la Administración, realizan las mismas tareas, se someten a las mismas condiciones de trabajo, y la actuación efectiva como empresario en todos los aspectos recae en la propia Administración, limitándose por tanto la empresa contratada a actuar como mera figura interpuesta en la relación laboral, que realiza el contrato, procede al alta en la Seguridad Social y abona las nóminas.

Se planteó inicialmente si en estos casos, dadas las características especiales que implica la figura de la cesión ilegal, el trabajador adquiriría la condición de fijo y no de indefinido. El que en tal caso el trabajador adquiriera la condición de indefinido no fijo lo ha resuelto de forma reiterada la jurisprudencia, en una primera [Sentencia de la Sala Cuarta de 19 de junio de 2002 \(RCUD 3846/2001\)](#), a la que siguieron otras como las SSTs de 11 de diciembre de 2002 (RCUD 639/2002) o de [28 de octubre de 2003 \(RCUD 4878/2002\)](#), y ello por tanto a pesar del relevante incumplimiento de la normativa laboral por parte de la Administración.

Otra vía para adquirir la condición de indefinido no fijo tiene su origen en la realización de un contrato aparentemente administrativo entre la Administración y el trabajador, que formalmente es un autónomo al que se factura con mayor o menor periodicidad por sus servicios. Es una actuación abusiva de la Administración que, de este modo, reduce los costes de contratación, se exime de responsabilidades de distinta índole y además puede iniciar y poner fin a la relación a su voluntad. En estos casos, de nuevo por la vía declarativa o por la de la acción de despido si la relación ha concluido, cabe que se plantee que el vínculo en realidad reunía los elementos para poder calificar la relación como laboral, tesis esta que de ser admitida también conduce a la consideración del trabajador como indefinido, pues se trataba de un falso autónomo.

### 1.3. ESTATUTO JURÍDICO

En cuanto al estatuto jurídico del indefinido no fijo, la doctrina científica y jurisprudencial en ocasiones acerca la figura a un contrato temporal y en otras a una relación fija, aunque siempre con singularidades. Tal vez en realidad nos encontremos ante un *tertium genus*, con elementos de uno y otro tipo de relación, y también características propias y específicas, aunque los pronunciamientos más recientes en unas ocasiones sitúan la figura en el marco de la temporalidad y en otras de la precariedad.

El punto de partida sería considerar que con carácter general el indefinido no fijo gozará de los mismos derechos que el trabajador fijo, más aún cuando en relación con trabajadores temporales y fijos, tanto la normativa comunitaria como el [Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) (art. 15.6) realizan esa equiparación dejando a salvo las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato. Esta es por tanto la regla general, susceptible de algunas excepciones. En este sentido se pronuncia la STS de 8 de julio de

2009 (RCUD 2632/2008). Aunque la cuestión que más atención y conflictos genera es la relativa al régimen aplicable a la extinción del contrato, concurren otras singularidades que los tribunales han ido delimitando.

### 1.3.1. La retribución del trabajador indefinido no fijo

En cuanto a las condiciones laborales aplicables al trabajador indefinido no fijo, normalmente vendrán determinadas por el puesto ocupado y el convenio correspondiente, pero las mismas guardan relación con las existentes en el momento en el que la relación fue declarada como indefinida, de tal modo que de reconocerse en sentencia con unas características particulares, las mismas han de ser respetadas con posterioridad por la Administración.

Así lo establece la [STS de 21 de junio de 2011 \(RCUD 2565/2010\)](#), en un supuesto en el que la trabajadora, ligada con la Administración en virtud de sucesivos contratos administrativos de asistencia técnica, ve reconocida su condición de indefinida no fija en sentencia judicial. Una vez la sentencia estaba siendo cumplida, la Administración implicada procede a otorgar de forma temporal un puesto de trabajo a la demandante, aplicando una jornada y retribución acordes al mismo según convenio. La sentencia rechaza esta posibilidad, indicando que se han de mantener las condiciones existentes al tiempo de declararse la relación como indefinida.

La postura que sostiene esta sentencia es, sin embargo, contradictoria con la [STS de 6 julio de 2012 \(RCUD 2719/2011\)](#) que, ante un supuesto muy similar, llega a la conclusión contraria, considerando que una vez declarada laboral la previa relación formalmente administrativa, el salario de la trabajadora debía ser el previsto en el convenio de aplicación, y no el que efectivamente venía percibiendo con anterioridad. Para ello acude sin embargo esta sentencia a otras dos con las que existían diferencias relevantes, que hacen en mi opinión que no fueran aplicables al supuesto sometido a consideración en la [STS de 6 julio de 2012](#). Ello es así porque una de esas sentencias (la de 9 de diciembre de 2009) se refería a un caso de cesión ilegal con opción a favor de la cesionaria, lo cual introduce matices importantes como más adelante se dirá. La otra se refería a un supuesto en el que había existido una relación administrativa, pero esta había cesado dos años antes de la fecha del despido, existiendo entre tanto una relación laboral con una tercera empresa que actuaba como cedente de mano de obra.

No existiendo cesión ilegal, en el caso concreto en el que el salario concertado para la relación administrativa que luego se declara laboral es superior al del convenio de aplicación, la [STS de 21 de junio de 2011](#) adopta una posición clara, a favor del salario real percibido. Esta postura no está exenta de dudas relativas a la falta de igualdad que se genera entre trabajadores que desarrollando la misma actividad pueden percibir unos el salario del convenio, otros el que venían percibiendo como consecuencia de un contrato administrativo irregular dejado sin efecto, pero que mantendría sus efectos retributivos, y que como se ha indicado es contraria a la argumentación mantenida en la [STS de 6 de julio de 2012](#). Muestra de las dudas existentes es la STSJ de Galicia de 30 marzo de 2012 (rec. núm. 6155/2011) que parece inclinarse por la solución contenida en la última citada.

En sentido contrario, puede ocurrir que el trabajador que viene prestando servicios y es retribuido en una determinada cuantía, una vez accede a la condición de indefinido no fijo y desarrolla un concreto puesto de trabajo como personal laboral, pueda reclamar el salario correspondiente a las tareas efectivamente desarrolladas, aunque el mismo fuese superior al que percibía antes de reconocerse su condición. Así ocurre en los casos de cesión ilegal declarada entre la Administración y una empresa. El trabajador, si opta por incorporarse a la Administración cesionaria, puede exigir que se le abone el salario que se corresponde con la categoría del puesto al que accede, aunque fuese superior que el que percibía en la empresa cedente como consecuencia de la aplicación de un convenio distinto. En este sentido se pronuncia la [STS de 25 de enero de 2011 \(RCUD 1219/2010\)](#).

Diferente es el supuesto en el que la empresa, en este caso la Administración, por la que opta el trabajador declarada la cesión ilegal, tiene fijada para esa categoría un salario inferior a aquel que efectivamente venía percibiendo en la empresa cedente. En este supuesto cobra relevancia el hecho de que el trabajador se hace indefinido en el puesto para la Administración porque así opta voluntariamente, y también es de aplicación el artículo 43 del [ET](#), que impone que en la opción el trabajador se integre en la empresa en cuestión con los derechos y obligaciones correspondientes. En este sentido se resuelve por la [STS de 9 de diciembre de 2009 \(RCUD 339/2009\)](#). En igual sentido [STS de 25 de enero de 2011 \(RCUD 1219/2010\)](#).

### 1.3.2. Antigüedad del indefinido no fijo

En cuanto a si la falta de fijeza implica el no reconocimiento de antigüedad por los años de prestación de servicios, como sugiere Antonio José VALVERDE ASENCIO<sup>2</sup>, no cabría sin embargo considerar que pueda derivarse tal consecuencia de la naturaleza indefinida de la relación, aplicando así lo dispuesto en el propio artículo 15.6 del [ET](#). La antigüedad puede desplegar sus efectos desde el punto de vista económico. Se hace por dicho autor referencia a la [STS de 13 de marzo de 2006 \(RCUD 450/2005\)](#) para justificar que el indefinido no fijo no podría acceder al abono del complemento por antigüedad. Sin embargo la sentencia referenciada que confirma otra de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de octubre de 2004 (rec. núm. 1587/2004) excluye el abono del complemento no por la condición de indefinido no fijo de la trabajadora en cuestión, sino porque se trataba de personal estatutario al que le era de aplicación el [Real Decreto-Ley 3/1987](#), y por tanto no cabía acudir al convenio colectivo para obtener el complemento. En el mismo sentido y con igual fundamento las SSTs de [13 de mayo de 2005 \(RCUD 1562/2004\)](#) y de [10 de febrero de 2006 \(RCUD 448/2005\)](#), entre otras.

La jurisprudencia parece que sí mantuvo esa postura de forma inicial. Así la [STS de 19 febrero 2001 \(RCUD 2387/2000\)](#) decía: «Como ya afirmó la sentencia de esta Sala de 31 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7687), es "claro que no cabe apreciar la infracción del artículo 14 de la

<sup>2</sup> VALVERDE ASENCIO, A. J.: «La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública», *Temas Laborales*, 2006, núm. 86, págs. 211-229.

Constitución", pues no es contrario al principio de igualdad que el Convenio Colectivo –que es la norma que introduce y regula este complemento– solamente prevea su abono a los trabajadores fijos y no a los temporales, dadas las diferencias entre ambos colectivos».

También la STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2005 (rec. núm. 1868/2004) se expresa en términos similares. Parece sin embargo que estas sentencias recogen una doctrina que ha sido objeto de evolución, y la [STS de 11 de mayo de 2004 \(rec. núm. 1246/2001\)](#) con relación al mismo convenio (V Convenio Único del personal al servicio de la Generalitat de Cataluña) sí estima que los trabajadores indefinidos podían acceder al complemento por antigüedad, en igualdad de condiciones que los trabajadores fijos. Posteriormente la STS de 8 de julio de 2009 (RCUD 2632/2008) se pronuncia acerca de estas cuestiones, admitiendo plenamente el acceso de los trabajadores indefinidos a dichos complementos previstos convencionalmente. Es más, en un supuesto en el que se admitió como no discriminatorio que una condición del convenio se aplicase a trabajadores fijos pero no a los temporales, cuando de aplicarla a los trabajadores indefinidos se trata, se estima que han de equiparse con los fijos: «La indefinición temporal no es en absoluto equivalente a la temporalidad pura y solo a esta última se refería nuestra Sentencia de 1 de junio de 1996. Los motivos que entonces justificaban el trato diferenciado establecido en los preceptos convencionales en discusión para los temporales con respecto a los fijos, carecen ahora por completo de justificación porque, según vimos antes, la única diferencia entre los fijos y los indefinidos viene determinada por el modo de acceso a la plaza que ocupan (es decir, por la necesidad de cumplir con los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el empleo público) y por la garantía de permanencia en ella, que, para los "indefinidos", solo alcanza, como dijimos, hasta que sea cubierta por los pertinentes procedimientos reglados». En el mismo sentido las [STS de 4 de mayo de 2009 \(RCUD núm. 1631/2008\)](#) y de [19 de noviembre de 2008 \(RCUD 3154/2007\)](#), entre otras.

También se equipara a trabajadores fijos e indefinidos a efectos del percibo de un complemento relacionado con el tiempo de prestación de servicios en la STSJ de Cataluña de 17 mayo de 2012 (rec. núm. 1693/2012). La STSJ de Canarias/Las Palmas de 26 de noviembre de 2011 (rec. núm. 1409/2007) también considera discriminatoria, y por tanto nula, una cláusula convencional que fijaba un salario inferior a los trabajadores no fijos respecto a los fijos, estimando que dicha diferencia de trato no estaba justificada. En igual sentido, la STSJ de Galicia de 4 de junio de 2010 (rec. núm. 5883/2006) o la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2008 (rec. núm. 133/2007). No existe, en definitiva, motivo alguno para dejar fuera de este tipo de previsiones a los trabajadores indefinidos no fijos. De manera más reciente, la [STS de 11 de junio de 2014 \(RCUD 1174/2013\)](#) rechaza la posibilidad de equiparar a estos efectos a los indefinidos no fijos con trabajadores temporales.

### 1.3.3. Promoción profesional

Parece, sin embargo, que sí se excluye la posibilidad de promoción profesional para el personal indefinido no fijo, algo que el [EBEP](#) reserva al personal funcionario y al personal laboral

de carácter fijo [art. 14 c) [EBEP](#)], por lo que en este caso la antigüedad no desplegaría los efectos que le son propios.

En esta distinción predicable respecto de los indefinidos no fijos hay quien considera que no existe discriminación alguna<sup>3</sup>, y así lo ha mantenido la jurisprudencia. Es el caso de la [STS de 27 de febrero de 2009 \(RCUD 955/2008\)](#), que en su fundamento quinto explica que la carrera profesional se encuentra en un «contexto de permanencia indefinida en el desempeño de las funciones que se compadece mal con la transitoriedad –demasiado a menudo burlada, ciertamente– que por definición es predicable del personal estatutario interino o del personal laboral "indefinido" asimilable», estimando que esa diferencia en la proyección temporal justifica que «la carrera profesional se limite a quien en principio va a prestar servicios para la Administración con vocación de permanencia y que expresamente se excluya a quien por propia definición legal tiene con la Administración Pública una vinculación laboral limitada en el tiempo».

### 1.3.4. Excedencias

Mención especial merece el problema relativo a si al personal indefinido no fijo le corresponde o no el poder acogerse a una excedencia. Por su parte la [STS de 29 de noviembre de 2005 \(RCUD 3796/2004\)](#) consideró que al indefinido no fijo, dada la naturaleza del vínculo, no podía aplicarse la figura de la excedencia voluntaria especial que recoge el artículo 10 de la [Ley 53/1984](#): «La naturaleza de este vínculo y su provisionalidad llevan a la conclusión de que no puede aplicársele al mismo la institución de excedencia voluntaria especial que contempla el artículo 10 de la Ley 53/1984. En primer lugar, porque la excedencia funciona como una garantía de la estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, pues la Administración está obligada a proveer la plaza de acuerdo con los procedimientos reglamentarios de selección. Además, la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente "un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría" y este derecho, que puede otorgarse al trabajador, no puede concederse al indefinido no fijo, porque la relación de este está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa».

Es curioso que precisamente se use como argumento en este caso la relación con un puesto de trabajo concreto, ya que tal consideración podría entrar en contradicción con lo dicho en otras sentencias de la Sala Cuarta como la [Sentencia de 16 de septiembre 2009 \(RCUD 2570/2008\)](#), que precisamente para distinguir del interino por vacante indica que no está vinculado a un puesto en concreto.

En el mismo sentido encontramos sin embargo la [STS de 3 de mayo de 2006 \(rec. núm. 1819/2005\)](#), la STSJ de Galicia núm. 5427/2011, de 28 noviembre (rec. núm. 931/2008) y la STSJ

<sup>3</sup> GÓMEZ LÓPEZ, J. M.: *La relación laboral especial de empleo público*, Pamplona: Civitas, 2009, pág. 202.

de Cataluña núm. 7662/2010, de 24 noviembre (rec. núm. 6732/2009). También la STSJ de Galicia núm. 5483/2011, de 28 de noviembre (rec. núm. 103/2008).

La sentencia de la Sala Cuarta por tanto se refiere al indefinido no fijo como un trabajador provisional, e incluso se utiliza el término «precario», carente de estabilidad. De otro lado, considerando que la excedencia otorga una preferencia para el reingreso en puestos de similar categoría, la sentencia rechaza esta figura para este tipo de trabajadores, al apreciar que su vinculación lo es en relación a un puesto de trabajo concreto. En el mismo sentido la STSJ de Asturias de 18 enero de 2013 (rec. núm. 2856/2012).

En un supuesto de excedencia voluntaria, se rechaza la posibilidad utilizando los mismos argumentos en la STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2013 (rec. núm. 5205/2009), aunque en la de 20 de noviembre de 2012 (rec. núm. 383/2010) sí se consideró posible la excedencia por incompatibilidad en indefinidos no fijos, al prever el convenio una cláusula expresa de equiparación de los derechos de personal fijo e indefinido, pero se trata de un supuesto excepcional.

Se aparta claramente de la doctrina unificada la [STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2010 \(rec. núm. 1547/2009\)](#), que confirmó la sentencia de instancia que reconocía el derecho a la excedencia de un indefinido no fijo. Para ello se utilizó como argumento el contenido de la [Sentencia del Tribunal Constitucional 240/1999, de 20 de diciembre](#).

La solución que fija esta última sentencia la considero razonable, especialmente en aquellos casos en los que la relación del indefinido no fijo se prolonga durante un largo periodo de tiempo. Excluir la posibilidad de la excedencia sobre la base de la provisionalidad no tiene en cuenta la realidad de cada caso en concreto, y sobre todo si consideramos que la vinculación no existe con un puesto de trabajo determinado.

Más claro aún es cuando el problema surge respecto de la excedencia por cuidado de hijos. Utilizando los mismos razonamientos que acoge la jurisprudencia mayoritaria, debería excluirse también en tales ocasiones, aunque con ello se estaría generando un importante quebranto a la conciliación de la vida laboral y familiar. Para acogerse a este tipo de excedencia el artículo 46.3 del **ET** no exige sin embargo un periodo concreto de antigüedad en la empresa, y deben ponderarse, especialmente en este caso, los bienes jurídicos en conflicto.

Acerca de esta cuestión, la STSJ de Madrid de 30 abril de 2008 (rec. núm. 5574/2006) consideró que ante la solicitud de una trabajadora indefinida de un ayuntamiento, de que se le concediera la excedencia por cuidado de hijo, la respuesta debía ser positiva. Se utiliza de nuevo en esta sentencia lo expuesto en la [STC 240/1999, de 20 de diciembre](#):

«El interés público de la prestación urgente del servicio puede, pues en hipótesis, justificar la decisión de que quienes ocupan interinamente plazas de plantilla no puedan a su vez dejarlas temporalmente vacantes aunque sea para atender a bienes o valores constitucionalmente relevantes como son el cuidado de los hijos y la protección de la familia.

Sin embargo, esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada».

Se pone además de relieve en dicha sentencia cómo una solución que no tenga en cuenta los intereses en conflicto puede generar discriminación indirecta a la mujer, pues si bien este tipo de excedencias no se contempla exclusivamente a favor de las mujeres, la realidad nos indica que en la práctica son ellas las que en mayor medida se acogen a ellas. También es relevante la protección constitucional de la familia.

En similar sentido y en relación a la concesión de la excedencia por cuidado de hijos a favor de trabajadoras interinas, se han pronunciado las sentencias de los TSJ de [Castilla y León, de 2 de noviembre de 2004 \(rec. núm. 599/2004\)](#), La Rioja, de 26 de octubre de 2000 (rec. núm. 324/2000), y Andalucía/Sevilla, de 28 de mayo de 1999 (rec. núm. 3271/1998).

En conclusión, considero que en supuestos de petición de excedencia por parte del trabajador indefinido no fijo deben ponderarse las circunstancias concurrentes, debiendo ser en principio la respuesta positiva. Cuando además la excedencia solicitada lo es por cuidado de hijo, es relevante considerar si la decisión puede implicar una forma de discriminación indirecta por razón de sexo, así como la necesaria protección a la familia. Ello hace que salvo razones muy justificadas por parte de la Administración, y que las concretas circunstancias del caso así lo aconsejen, la excedencia por cuidado de hijo también debería ser reconocida al trabajador indefinido.

### 1.3.5. Titularidad de la opción por la indemnización o la readmisión en caso de improcedencia del despido

Hay numerosos pronunciamientos en relación con el otorgamiento de la opción por la readmisión o la extinción en caso de despido improcedente al trabajador o no cuando la misma la atribuye el convenio a los trabajadores fijos. Si no existe mención al trabajador indefinido no fijo, la tesis general es considerar que está excluido de la posibilidad de opción.

Sobre esta cuestión la [STS de 23 de abril de 2012 \(RCUD 3533/2011\)](#) considera que no concurre discriminación entre trabajadores fijos o indefinidos, por no atribuir a estos últimos la opción en caso de despido improcedente, pues esa previsión que supone una mejora respecto de lo contemplado en el Estatuto de los Trabajadores no puede ir más allá de lo que recoge de forma específica el propio convenio, y por tanto se dice que no puede extenderse a trabajadores indefinidos no fijos, respecto de los cuales la declaración de improcedencia del despido viene provocada precisamente por irregularidades en la contratación temporal.

### 1.3.6. Concursos de traslado

Sobre esta cuestión se pronuncia la [STS de 3 de mayo de 2006 \(rec. núm. 1819/2005\)](#), indicando que «la expresión trabajadores indefinidos debe entenderse aquí referida a los trabajadores fijos sin incluir a los trabajadores indefinidos no fijos, que no pueden participar en estos concursos, pues ello sería contrario no solo a la delimitación jurisprudencial de esta categoría, sino a los preceptos legales y constitucionales que regulan el acceso al empleo público sea funcional o laboral». Esta es la doctrina tradicional sobre la cuestión, reflejada en numerosísimas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que la citan.

Sin embargo, en sentido opuesto la [SAN 1/2015 de 2 enero \(rec. núm. 276/2014\)](#) sigue la tesis contraria en una muy argumentada resolución, que no ve obstáculo para la participación en concurso de traslado: «Desde este punto de vista está justificada la exclusión de los concursos de traslado de los contratados temporales, puesto que, como hemos visto, su contrato de trabajo está vinculado a un determinado puesto de trabajo y si se produce la desvinculación con ello se afecta a la propia naturaleza temporal del mismo. Pero esa circunstancia no concurre en el personal indefinido no fijo, puesto que, aunque el mismo sea trasladado, la desvinculación de su contrato con el puesto de trabajo ya se ha producido previamente y por ello la naturaleza de su contrato como indefinido no fijo no queda alterada por el traslado. 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. 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». Sí admite la sentencia que puedan establecerse preferencias hacia el personal fijo en los convenios colectivos: «Cabe pensar que por convenio colectivo se regulase un procedimiento separado para la movilidad de los trabajadores indefinidos no fijos (por ejemplo, a las resultas de los concursos del personal fijo de pleno Derecho) o criterios, dentro del mismo concurso, para garantizar la preferencia del personal fijo de pleno Derecho a la ocupación de los puestos de trabajo existentes. Esa diferenciación, a efectos de dar preferencia para ocupar los puestos de trabajo realmente existentes a quienes han superado regularmente los sistemas de acceso al empleo público, aparece como plenamente proporcionada y justificada».

## 2. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO: AMORTIZACIÓN DE LA PLAZA Y COBERTURA REGLAMENTARIA

La cuestión sin duda más polémica en torno a la figura del indefinido no fijo es la relativa a las consecuencias que provoca la extinción del contrato. Con la creación de la figura se hace hincapié en que el reconocimiento del carácter indefinido de la relación no implica fijeza, de tal modo que la amortización de la plaza o su cobertura reglamentaria provoca la extinción del contrato. La cuestión es cuál es la vía que debe utilizar la Administración para la extinción, si es preciso o no acudir a la extinción por causas objetivas, y sobre todo si ello acarrea consecuentemente una indemnización para el trabajador cuya relación termina, y en qué cuantía.

## 2.1. COBERTURA DE LA PLAZA MEDIANTE PROCESO SELECTIVO. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE MAYO DE 2002

Especialmente importante como punto de partida es la [STS de 27 mayo de 2002 \(RCUD 2591/2001\)](#). En ella el supuesto de hecho es el típico de trabajador indefinido no fijo cuya plaza es cubierta por el procedimiento ordinario. Como indica la propia sentencia, la cuestión litigiosa se centra en determinar la fórmula legal para extinguir el contrato de trabajo temporalmente indefinido mantenido con una Administración pública por cobertura de la plaza.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó Sentencia de fecha 15 de mayo de 2001 (rec. núm. 518/2001) en la que consideraba que la vía a utilizar era la del despido colectivo o la extinción por causas objetivas según el número de trabajadores afectados. Sin embargo, la sentencia indicada considera que la cobertura del puesto actúa como causa suficiente para provocar la extinción del contrato sin consecuencia adicional alguna. Indica la resolución que con ello se produce una cierta equiparación con la figura del interino por vacante, pero solo en lo que se refiere al momento de la extinción del contrato, y que ello no debe provocar preocupación jurídica por cuanto en ambos tipos de relación «la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad».

Esta sentencia cuenta con un interesante voto particular, el cual estima que la vía para la finalización del contrato debe ser la extinción por causas objetivas legalmente procedentes prevista en el artículo 49.1 l) del [ET](#) y no la extinción por causas «consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario» a las que se refiere el artículo 49.1 b) del [ET](#). Se argumenta para ello que este último precepto se está refiriendo a condiciones resolutorias previstas en el contrato, mientras que la extinción por cobertura de la plaza sería una condición prevista legalmente, con lo que se entiende que la tesis sostenida en la sentencia en cuestión está forzando la letra del precepto. Por el contrario se dice que el acudir a la vía de la extinción por causas objetivas no plantea problema de dogmática jurídica alguno. Se hace además referencia a un argumento de equidad, pues no se considera admisible que el trabajador indefinido no fijo pierda la plaza sin indemnización alguna, colocándose así incluso en peor situación que aquellos trabajadores que tienen una relación temporal lícita, a cuyo fin perciben la indemnización prevista legalmente.

Argumentos similares se recogen en un voto particular contenido en la STSJ de Andalucía/Sevilla de 4 de marzo de 2008 (rec. núm. 2074/2007).

La doctrina contenida en la Sentencia indicada de 27 de mayo de 2002 es, sin embargo, la mayoritaria y ha sido posteriormente mantenida en múltiples sentencias: [STS de 26 junio de 2003 \(RCUD 4183/2002\)](#), [STS de 20 de julio de 2007 \(RCUD 5415/2005\)](#), STSJ de Castilla y León/Burgos de 22 diciembre de 2012 (rec. núm. 804/2011), STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2012 (rec. núm. 4572/2012), STSJ de Castilla y León/Burgos de 15 marzo de 2012 (rec. núm. 83/2012), [STSJ de Extremadura de 25 de julio de 2011 \(rec. núm. 226/2011\)](#), STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2012 (rec. núm. 273/2012), o STSJ de Andalucía/Granada de 29 de septiembre de 2011 (rec. núm. 1936/2011).

Se deja la puerta abierta en la práctica a una actuación arbitraria por parte de la Administración. Si no adopta las medidas para cubrir de forma reglamentaria la plaza, nada impide que el indefinido no fijo se mantenga en el puesto de forma definitiva. En caso de haber varios trabajadores en la misma situación, la Administración libremente procede a cubrir sin mayor motivación unas plazas mientras otras las mantiene en situación irregular. Ello afecta claramente a la igualdad de trato, pero el trabajador cuya plaza es cubierta carece de mecanismos de defensa eficaces. En no pocas ocasiones, esta facultad de autoorganización de la Administración simplemente esconde una forma de premio o castigo frente a personal afín o incómodo según los casos.

Por otro lado, no puede considerarse cobertura reglamentaria de la plaza el concurso oposición convocado para acceder a una plaza de carácter temporal. Un supuesto similar se contempla en la [STS de 28 de noviembre de 2011 \(RCUD 1157/2011\)](#). En ella la trabajadora demandante había suscrito sucesivos contratos que hacen que la sala califique la relación como indefinida de carácter discontinuo. La Administración demandada convoca concurso oposición en virtud del cual una aspirante es contratada mediante un contrato eventual por circunstancias de la producción de seis meses de duración, y la trabajadora no es llamada de nuevo. Formulada demanda por despido, se considera que en tal caso esa contratación temporal no podía considerarse como vía para cubrir de forma reglamentaria la plaza del trabajador indefinido discontinuo. Dicha doctrina debe entenderse plenamente aplicable a supuestos en los que la plaza del trabajador indefinido no fijo se pretende cubrir por un trabajador contratado de forma temporal, aun cuando lo sea superando un proceso selectivo.

## 2.2. COBERTURA POR PROCEDIMIENTOS INTERNOS

La cobertura reglamentaria de la plaza se produce no solo a través del procedimiento de oposición o concurso oposición para su cobertura. Es posible también que mediante un concurso de traslado la plaza que ocupa el indefinido no fijo sea cubierta por personal fijo de la misma Administración.

Es el caso resuelto en la STSJ de Andalucía/Granada de 14 de noviembre de 2012 (rec. núm. 2048/2012). En ella la demandante ve reconocido el carácter indefinido de la relación, y la demandada dispuso la ejecución provisional de aquella sentencia hasta que se cubra o se amortice su plaza reglamentariamente. Se firma contrato de trabajo laboral entre las partes, siendo asignado al puesto de trabajo de la demandante un código provisional con duración hasta que el puesto fuese cubierto. Por resolución de la misma Administración se lleva a cabo la modificación de la RPT (relación de puestos de trabajo) para crear los puestos de trabajo, los cuales finalizarían su vigencia y se eliminarían automáticamente con efectos del día en que quedasen vacantes y sin ocupación, y a continuación la demandada convoca concurso de traslado entre el personal laboral fijo o fijo discontinuo. La sentencia convalida tanto la posibilidad de proceder así por la Administración, como el hecho de que una vez el puesto sea cubierto mediante traslado, la relación inicial se extinga sin derecho a indemnización alguna.

Esta solución merece las mismas objeciones que las expuestas anteriormente para los casos de cobertura tras oposición o concurso oposición, más si cabe teniendo en cuenta la discrecionalidad que se concede a la Administración para elegir la plaza objeto del concurso.

Admite la misma posibilidad de extinción no indemnizada por cobertura por concurso de traslado la STSJ de Castilla y León/Burgos de 14 de marzo de 2013 (rec. núm. 111/2013), y en una escueta resolución la [STS de 2 de junio de 2003 \(RCUD 3243/2002\)](#).

Sin embargo la tesis contraria aparece en pronunciamientos más recientes. Así la [SAN 1/2015, de 2 de enero \(rec. núm. 276/2014\)](#) dice que «ha de subrayarse que la existencia de un trabajador indefinido no fijo revela la existencia de una plaza adicional en la Administración, por lo que la cobertura de la misma exige de un procedimiento selectivo de ingreso para su cobertura, al que se refiere la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores. No sería suficiente con un procedimiento de traslados interno, que en ningún caso serviría para atender el incremento de plazas puesto de manifiesto por la existencia del trabajador indefinido no fijo. Para amortizar la plaza (más allá del concreto puesto de trabajo) sería preciso acudir a los procedimientos de los artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, no bastando con trasladar a un trabajador fijo al puesto de trabajo ocupado por el trabajador indefinido no fijo y dejar sin cubrir el puesto que queda vacante por el traslado del trabajador fijo». La misma postura sostiene la STSJ de Galicia de 24 de febrero de 2015 (rec. núm. 4555/2014).

### 2.3. OPCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA INDEMNIZACIÓN EN CASO DE DESPIDO

Se ha cuestionado también si es posible que una Administración pública simplemente pueda optar por la extinción del contrato, y al respecto se planteó por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 96.2 del [EBEP](#), en relación con los artículos 56 del [ET](#) y 110 de la [Ley de Procedimiento Laboral](#), en cuanto conceden a la Administración empleadora en los supuestos de despido declarado improcedente que no sea disciplinario la facultad de optar libremente por no readmitir al trabajador y privar al mismo de su empleo mediante el pago de la indemnización prevista legalmente, lo que se estimó pudiera ser contrario a los artículos 9.3 (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) y 23.2 (derecho a la igualdad en el acceso a los empleos públicos) de la [Constitución Española](#), partiendo de que la posición de la Administración en estos casos no puede ser igual a la de una empresa privada.

Se consideraba además carente de justificación el que el artículo 96.2 del [EBEP](#) limite la facultad de opción de la Administración solo en aquellos casos en los que se trate de un despido disciplinario declarado improcedente, en el que el trabajador tenga la condición de fijo (en el supuesto que motiva el planteamiento de la cuestión por el tribunal se trata de un trabajador indefinido).

La cuestión fue sin embargo rechazada por Auto del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2011, al considerar que el precepto cuya constitucionalidad se discute no tiene rele-

vancia para la resolución del proceso, y además se considera la cuestión notoriamente infundada considerando que está justificada una diferencia de trato con el trabajador fijo que ha superado unas pruebas de acceso para su puesto de trabajo<sup>4</sup>.

En cuanto a que la norma solo se refiera a trabajadores fijos, dejando fuera a indefinidos no fijos y temporales, siendo una opción legislativa admisible y que no vulnera el artículo 14 de la CE<sup>5</sup>, no parece plenamente justificada pues si el despido se ha producido de forma irregular, reponer la situación al momento anterior al cese llevando a cabo la readmisión parece lo más correcto cuando de la Administración pública se trata, y ello independientemente del tipo de contrato del trabajador. En todo caso, más que la imposición de una determinada opción ante supuestos concretos, lo que sería deseable es que la opción efectuada por la Administración, en todo caso, fuese motivada y justificada.

## 2.4. EXTINCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE LA PLAZA

### 2.4.1. Jurisdicción competente

En cuanto a si la jurisdicción social es competente en los casos en los que en virtud de un acto administrativo se procede a la amortización de la plaza de un trabajador indefinido no fijo, lo cual implica su despido, se pronunció la STS de 23 de octubre de 2000 (RCUD 2273/1999), siguiendo lo ya resuelto en la [STS de 10 de julio de 2000 \(RCUD 4145/1998\)](#)

Los argumentos empleados entonces en relación con la anterior Ley de Procedimiento Laboral cabe mantenerlos en la actualidad. En definitiva, se rechaza que en el proceso de despido solo pueda verificarse la veracidad del acto administrativo que acuerda la extinción, convalidando en caso afirmativo el despido. Si se impugna la irregularidad del acto administrativo extintivo, se concluye indicando que la jurisdicción competente para conocer de la impugnación del acto es la contencioso-administrativa, pero admitiendo el que de manera prejudicial pueda ser objeto de valoración también dicho acto administrativo en el orden social, ya que como dice la STS de 23 de octubre de 2000 (RCUD 2273/1999), «para poder valorar con pleno conocimiento de causa si el cese contra el que se acciona se ha producido conforme a derecho o, por el contrario, constituye un despido improcedente, se hace preciso analizar, en la medida necesaria para resolver la cuestión, si se está o no en presencia de una auténtica amortización».

<sup>4</sup> GASCÓN VERA, L.: «Constitucionalidad del art. 96.2 EBEP en relación con el personal temporal o indefinido al servicio de la Administración Pública», *BIB Aranzadi*, 2012, núm. 52.

<sup>5</sup> CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. M.: «Despido de contratados temporales en la Administración pública», *Diario La Ley*, 2012, núm. 7.858.

### 2.4.2. Amortización mediante despido objetivo

La [STS de 3 de mayo de 2011 \(RCUD 3293/2010\)](#) resuelve un supuesto en el que el trabajador fijo-discontinuo mediante contrato de interinidad por vacante ve extinguida la relación por decisión de la Administración de amortizar la plaza. En la instancia y en suplicación se había considerado que tal cese constituía un despido improcedente, mientras que por parte de la Sala Cuarta, reiterando resoluciones anteriores, se estima el recurso y se dice que las Administraciones públicas no necesitan acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52 del [ET](#) para amortizar plazas ocupadas por trabajadores interinos.

Esta doctrina es aplicable a los trabajadores indefinidos según la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de mayo de 2003 (rec. núm. 958/2003). También lo entiende así, al equiparar a estos efectos indefinido no fijo e interino por vacante, la STSJ de Andalucía/Granada de 17 de junio de 2009 (rec. núm. 966/2009). Postura distinta se contiene en la STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2011 (rec. núm. 3742/2012).

En julio de 2013 se clarifica (aunque solo en principio como veremos) la anterior cuestión mediante la importante [STS de 22 de julio de 2013 \(RCUD 1380/2012\)](#). En la sentencia, tras recordar la de [27 de mayo de 2002 \(RCUD 2591/2001\)](#), se dice que dicha doctrina no solo es aplicable en los casos de cobertura reglamentaria de la vacante, sino que también debe aplicarse «a los supuestos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización y ello porque en este caso ya no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido también el supuesto de hecho que justifica esa modalidad contractual».

Se hace una equiparación con el contrato de interinidad por vacante, recordando diversas sentencias de la sala, en las que en definitiva se establece que la relación de interinidad desaparece no solo por la cobertura reglamentaria de la plaza, sino también por la desaparición de la misma (caso de la [STS de 27 de febrero de 2012, RCUD 3264/2010](#)).

La sentencia sale al paso de diversos argumentos empleados por los magistrados que no compartían el criterio mayoritario. Se dice así que la referencia en el [EBEP](#) a los indefinidos no fijos tenía por objeto incluir de manera separada a los profesores de religión católica, afirmación que resulta muy discutible. Se rechaza que la solución adoptada incumpla la [Directiva 1999/70/CE](#), cláusulas 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>, realizando razonamientos difíciles de compartir, como más adelante se explicará. Se llega a afirmar que «el contrato indefinido no fijo constituye precisamente el medio de prevención y de reacción contra la utilización abusiva de los contratos temporales por las Administraciones Públicas», algo que sin embargo la práctica diaria se ha encargado de desvirtuar. Basta con apreciar la extensión de este tipo de actuaciones fraudulentas, pese a que la jurisprudencia existe desde hace más de 15 años, para poder comprobar que el efecto preventivo es nulo.

Esta sentencia cuenta con un importante voto particular que suscriben seis magistrados de la sala, que tras hacer un repaso de la evolución de la figura del indefinido no fijo, centra su atención en la importancia que tiene para la misma su recepción legislativa en el [EBEP](#), distinguiéndola de la figura del interino por vacante. Esto provoca, según el voto particular, que la amortización

de la plaza ocupada por el indefinido no fijo no pueda erigirse en causa de extinción del contrato, como sí ocurre con el interino. Al considerar que la figura está más cerca del trabajador fijo, la posibilidad de extinción por amortización estima que debe articularse por la vía de los artículos 51 y siguientes del ET. Se dice además en el voto particular que la decisión sostenida por la mayoría de la Sala conduce a un resultado incoherente y falto de equidad. Igualmente, continúa, la interpretación mayoritaria podría vulnerar la [Directiva 1999/70/CE](#). Sobre esta cuestión se volverá de manera más extensa más adelante.

La anterior sentencia es luego matizada por la [STS de 14 de octubre de 2013 \(RCUD 68/2013\)](#). En esta última, se parte de que por la fecha del despido no resultaba aplicable la disposición adicional vigésima del ET en la redacción efectuada por [Ley 3/2012](#), y por razones de seguridad jurídica se mantiene la doctrina establecida en la [STS de 22 de julio de 2013 \(RCUD 1380/2012\)](#). El matiz consiste en que para «evitar una situación de trato desigual injustificado, cabe entender aplicable por analogía la indemnización prevista en el citado art. 49.1 c) ET». Esta cuestión ya se suscitó en la sentencia de julio, y entonces fue rechazada al considerar la sala que se trataba de una cuestión no pedida por la parte, aunque en el voto particular se sostuviera la posibilidad de haber entrado a reconocer una indemnización de este tipo. Ahora esta [Sentencia de 14 de octubre de 2013](#) (a la que acompañan otras referidas al mismo ayuntamiento demandado), sí reconoce esta posibilidad.

### 2.4.3. Última posición del Tribunal Supremo

La posición de la sala es posteriormente revisada de nuevo, y así llegamos a la [STS de 24 de junio de 2014 \(rec. núm. 217/2013\)](#) que opta por revisar la situación atendiendo a que la extinción del contrato tiene lugar tras la entrada en vigor de la disposición adicional vigésima del ET. Estima la sala que al dar prioridad de permanencia al personal fijo, la misma se aplica también al personal indefinido no fijo y al interino por vacante.

Esta última modalidad contractual es un tipo de contrato temporal sujeto al cumplimiento del término pactado, la cobertura reglamentaria de la plaza, «consecuentemente, estamos ante una obligación a plazo, a término, y no ante una obligación sujeta a condición resolutoria explícita o implícita. Las obligaciones condicionales, reguladas en los artículos 1.113 y siguientes del Código Civil, son aquellas cuya eficacia depende de la realización o no de un hecho futuro e incierto, siendo elemento fundamental la incertidumbre, el no saber si el hecho en que la condición consiste se producirá o no. Por contra, en las obligaciones a plazo, reguladas en los artículos 1.125 y siguientes del Código Civil, siempre se sabe que el plazo necesariamente llegará. El plazo puede ser determinado, cuando se sabe no solo que se producirá necesariamente, sino también cuándo llegará (*certus an et certus quando*). Pero, igualmente, puede ser indeterminado, cual acaece cuando se sabe que se cumplirá pero no se conoce cuándo (*certus an et incertus quando*).

De lo expuesto se deriva que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se

cupra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (art. 4.2 RD 2720/1998). Obsérvese que ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo y que, cual se dijo antes no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 EBEP). La amortización de esos puestos de trabajo, mediante una nueva ordenación de los puestos de trabajo, aunque lícita y permitida por el artículo 74 del EBEP, no puede conllevar la automática extinción del contrato de interinidad celebrado para cubrirla porque no está prevista legalmente como causa de extinción de esos contratos sujetos a un término, a un plazo cuya mayor o menor duración se ha fijado por la norma y depende de la diligencia de la empleadora en poner en marcha los oportunos procesos de selección. La idea de que la amortización extingue el contrato porque el mismo tiene una condición resolutoria implícita en ese sentido debe rechazarse, porque, cual se ha dicho antes, nos encontramos ante una obligación a término indeterminado y no ante una condición, ya que la existencia de una condición requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1.125 CC). Además, esa condición resolutoria sería nula, conforme a los artículos 1.115 y 1.256 del Código Civil, pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo que no es correcto, según esos preceptos.

Consecuentemente, estamos ante un contrato temporal que por causa de la amortización de la plaza objeto del mismo se extingue antes de que llegue el término pactado. Dejando a un lado la procedencia de la amortización, dado que el control de la validez de la nueva RPT corresponde en principio a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cierto es que nos encontramos ante un acto de la empleadora que supone la extinción de un contrato temporal antes de que llegue su vencimiento, lo que supone un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo, incluso de ganar en concurso la plaza que ocupa. Ese daño debe ser indemnizado, lo que en nuestro derecho del trabajo se hace mediante el abono de las indemnizaciones tasadas que se establecen para cada caso los artículos 51, 52 y 56 del ET y en los procedimientos establecidos al efecto, pues debe recordarse que, conforme a los artículos 7 y 11 del EBEP, la legislación laboral es aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas. (...) Las precedentes consideraciones llevan a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de esta Sala que se han citado en el apartado 2 de este fundamento de derecho tercero, al entender que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52 c) del ET. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva RPT, supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva RPT tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos».

Esta doctrina es reiterada en multitud de sentencias posteriores, casos de las SSTs de [16 de septiembre de 2014 \(RCUD 1880/2013\)](#), de [29 de octubre de 2014 \(RCUD 1765/2013\)](#), de [11 de febrero de 2015 \(RCUD 840/2014\)](#) o de [19 de febrero de 2015 \(RCUD 51/2014\)](#) entre otras muchas. En estas dos últimas se asume incluso que en relación con despidos como el que anali-

zan en los que aún no estaba vigente la disposición adicional vigésima del ET, es de aplicación la nueva doctrina fijada con la [STS de 24 de junio de 2014 \(RCUD 217/2013\)](#). Recordemos que la disposición adicional vigésima del ET en su actual redacción, en especial en lo que se refiere a la inclusión del último apartado, entra en vigor el 8 de julio de 2012 en virtud de la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#). Pero la falta de aplicabilidad de dicha norma no impide sin embargo recurrir a la nueva doctrina, indicando que ([STS de 11 de febrero de 2015, RCUD 840/2014](#)) «el criterio acogido por la STS de 14 junio 2014 no ha dependido del juego de la disposición adicional vigésima del ET, sino que este precepto ha servido como mero detonante para propiciar la transición reseñada». Curioso que recuerde sin embargo la importancia de dicho cambio legal la [STS de 17 de marzo de 2015 \(RCUD 753/2014\)](#), justificando de nuevo en ella el cambio de doctrina.

### 3. LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO

#### 3.1. LA DIRECTIVA 1999/70/CE SOBRE CONTRATACIÓN TEMPORAL Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Derecho comunitario necesariamente debe tener incidencia en la materia que se está analizando en este trabajo, siendo numerosas las normas con dicho origen que en el ámbito laboral afectan al Derecho interno. Es el caso de la [Directiva 1999/70/CE](#).

La preocupación de la Unión Europea en relación con la contratación temporal de trabajadores tiene sus raíces tanto en la regulación de condiciones similares de competencia, como en la necesidad de asegurar unas condiciones laborales alejadas de la precariedad<sup>6</sup>. El Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada de 10 de marzo de 1998, cuya aplicación a nivel comunitario tuvo lugar por medio de la [Directiva 1999/70/CE de 28 de junio](#), es el instrumento por el que se pretende fijar unos principios básicos en materia de contratación temporal.

La primera cuestión que debemos plantearnos es si esta normativa es aplicable también al ámbito del empleo público. La respuesta afirmativa es clara al no estar tal tipo de relaciones excluidas, según se desprende de la [Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2006 \(Adelener y otros\), C-212/04](#), apartado 54<sup>7</sup>.

Ahora bien, la aplicación de esta norma en el ámbito de la Administración pública se admite que puede ser matizada, debido a la naturaleza especial de la entidad empleadora.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CEE (I)», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2011, núm. 2.

<sup>7</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre la aplicación del nuevo artículo 15.5 ET en el sector público», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 2006, núm. 7.

En este sentido el TJUE admite que una normativa nacional prohíba en el sector público transformar en contrato de duración indefinida una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada de carácter irregular. Considera el tribunal que el Acuerdo Marco no obliga a transformar en indefinidos esos contratos temporales, pero sí «obliga a los Estados miembros a adoptar al menos una de las medidas mencionadas en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), de dicho Acuerdo, destinadas a prevenir eficazmente la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada sucesivos (...)» 95. Aunque las modalidades de aplicación de tales normas deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía de procedimiento de estos, tales modalidades no deben ser, sin embargo, menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)».

Los pronunciamientos contenidos en esta sentencia ya dan los suficientes elementos como para poder valorar la situación del mismo problema en nuestra normativa interna. Más aún si examinamos una sentencia que se dicta poco después, la [STJUE de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, asunto C-180/04](#). Se dice en la sentencia que «el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no se opone a una normativa nacional que, en caso de abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada por un empleador del sector público, excluye la transformación de estos en contratos o relaciones laborales por tiempo indefinido, siendo así que tal transformación está regulada para los contratos y relaciones laborales celebrados con un empresario del sector privado, cuando dicha normativa contiene otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada». En el mismo sentido la [STJUE de 7 de septiembre de 2006, Marrosu, asunto C-53/04](#).

### 3.2. INCIDENCIA EN LA DOCTRINA DE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS

De las tres sentencias anteriores cabe extraer importantes conclusiones. La [Directiva 1999/70/CE](#) es objeto de trasposición a la normativa nacional española incorporando el artículo 15.5 del [ET](#). Existe por tanto una limitación para la contratación temporal, con plena vigencia en el ámbito de relaciones privadas donde su vulneración implica la conversión del contrato en indefinido. Cuando se trata de una empleadora que es una Administración pública, tanto la disposición adicional decimoquinta del [Estatuto](#), como la doctrina relativa a los indefinidos no fijos hacen que el trabajador objeto de contratación temporal irregular se convierta en indefinido no fijo.

Ahora bien, si a continuación la misma Administración infractora procede a cubrir la plaza por un procedimiento selectivo o por concurso o traslado interno, o si directamente acuerda la amortización de dicha plaza, parece más que evidente que no se está cumpliendo con las previsiones de la [directiva](#), ni con la finalidad de la misma.

Ello es así porque la conducta de la Administración no es sancionada en modo alguno, pero tampoco existen mecanismos para evitar que fraudes similares se produzcan en el futuro. La Administración no padece ningún perjuicio por haber actuado incorrectamente ni debe adoptar ninguna prevención de cara a sucesivas contrataciones. Al contrario, su situación es «cómoda», por cuanto puede seguir usando de forma abusiva de formas de contratación temporal irregular, y a la vez ponerles fin cuando lo desee sin coste alguno. Desde el punto de vista del trabajador, igualmente no se obtiene resarcimiento alguno por el perjuicio sufrido al ser objeto de contratación ilícita.

Resulta evidente que la actual doctrina no supera el doble test de equivalencia y efectividad establecido por el TJUE en la [Sentencia de 4 de julio de 2006 \(asunto Adelenor y otros\)](#). A decir de la propia sentencia, los Estados miembros se encuentran obligados a garantizar el resultado exigido por el Derecho comunitario, como es «imponer unos límites a la utilización sucesiva de este último tipo de relaciones laborales, considerado fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados».

El punto de partida es que los contratos de trabajo de duración indefinida deben ser la norma, y que los contratos de duración determinada pueden ser propios de algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades. La estabilidad en el empleo es esencial para la protección de los trabajadores.

Con la mirada puesta en la finalidad indicada, aunque las modalidades de aplicación de estas normas dependen de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía de procedimiento de estos, «tales modalidades no deben ser, sin embargo, menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)» (fundamento 95).

Cabe concluir, por tanto, que la actual doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión no da una respuesta satisfactoria a las exigencias derivadas de la [Directiva 1999/70/CE](#). La norma comunitaria no impone la indefinición de la relación como sanción a la contratación temporal irregular en el caso de la Administración, pero los Estados miembros deben adoptar otras medidas efectivas para evitar y sancionar la utilización abusiva de ese tipo de contratos<sup>8</sup>.

Esta problemática ha sido planteada mediante cuestión prejudicial del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada de 7 de febrero de 2014, que considera que el ordenamiento español carece de norma que evite el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal por parte de las Administraciones públicas, estimando que la conversión del contrato en indefinido no fijo no es una

---

<sup>8</sup> ARETA NAVARRO, M. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir): *Cuestiones actuales sobre derecho comunitario*, Murcia: Laborum, 2009. MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «Incidencia última y decisiva del Acuerdo Marco sobre Trabajo de Duración Determinada a la luz de la Jurisprudencia comunitaria en el empleo público», pág. 511.

medida eficaz conforme a la [directiva](#) para evitar la contratación fraudulenta. También se cuestiona el reconocer al indefinido no fijo, al terminar la relación laboral, la misma indemnización que la que está fijada para el fin de un contrato temporal regular, pues con ello se equiparan de cara a la Administración las consecuencias de dos situaciones que no son iguales: un contrato regular, y un contrato en fraude.

Planteadas al TJUE las cuestiones prejudiciales relativas a si el trabajador indefinido no fijo, tal y como está configurado legal y jurisprudencialmente, es conforme a la definición de la [Directiva 1999/70/CE](#) de un trabajador con contrato de duración determinada, y si es compatible con el Derecho comunitario una interpretación y aplicación del Derecho nacional por parte del juez nacional, según la cual cuando se trata de contratos de trabajo de duración determinada fraudulentos en el sector público transformados en indefinidos no fijos, la Administración puede cubrir o amortizar la plaza unilateralmente sin abono de ninguna indemnización al trabajador y sin que estén previstas otras medidas que limiten el uso abusivo de la contratación temporal, la respuesta a dichas preguntas ha sido clara.

En Auto de fecha 11 de diciembre de 2014 dictado en el asunto C-86/14, en primer lugar se contesta que la trabajadora en un caso como el que es objeto del proceso está sometida a la aplicación de la [Directiva 1999/70/CE](#). En segundo lugar indica el tribunal que «cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la violación del Derecho de la Unión», y que «como se desprende del apartado 25 del presente auto, el juzgado remitente considera que la medida establecida en Derecho español para sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en el sector público, a saber, la conversión de la relación laboral de duración determinada en relación laboral de carácter indefinido no fijo, es ineficaz. También señala que no existe ninguna otra sanción efectiva en el Derecho español a tal fin. En estas circunstancias, el Derecho nacional aplicable a la demandante en el litigio principal no establece, según las propias observaciones de dicho juzgado, medidas suficientemente efectivas para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco». En consecuencia «procede responder a la segunda cuestión que el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no incluye 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, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos».

En cuanto a la naturaleza de la indemnización para que la misma constituya una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco, el tribunal indica que «procede responder a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta que incumbe al juzgado remitente apreciar, con arreglo a la normativa, a los convenios colectivos y/o a las prácticas nacionales, qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador como la demandante en el litigio principal para considerar que esa indemniza-

ción constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco».

Por tanto, aplicando el contenido de la respuesta que da el TJUE, es evidente que ante una amortización acordada por una Administración de una plaza de indefinido no fijo sin acordar ningún tipo de indemnización, la respuesta ha de ser la declaración de improcedencia del despido.

Sin embargo, a esta solución también cabe llegar conforme a la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a partir de la [Sentencia de 24 de junio de 2014 \(RCUD 217/2013\)](#), aunque merece la pena destacar que el razonamiento es distinto en ambos casos, en un supuesto por aplicación de la normativa comunitaria, en el otro por la de la disposición adicional vigésima del ET junto a otras consideraciones.

La relevancia de esta decisión prejudicial del TJUE considero que estriba en dos razones. La primera es que aun en el caso de que la disposición adicional vigésima fuese derogada o modificada, debería seguir reconociéndose algún tipo de resarcimiento en el supuesto de extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo.

La segunda es que la Sala IV da esta respuesta a los casos en los que se acuerda la amortización de la plaza, pero parece mantener que sí procedería la extinción sin abono de indemnización alguna (o tal vez con la indemnización prevista para los casos de finalización de un contrato temporal), en aquellos supuestos en los que el puesto ocupado por el indefinido es cubierto de manera reglamentaria, normalmente tras un proceso de selección. Cuando se planteó la cuestión prejudicial al TJUE, se hizo exponiendo la posibilidad de que la plaza del indefinido se extinguiese por amortización o por cobertura reglamentaria, y para ambos casos sin distinción el tribunal entiende que la extinción sin indemnización vulnera el Derecho comunitario.

El argumento es igual ante ambos tipos de extinción: la conversión del contrato en indefinido no fijo y su posterior extinción sin indemnización, en un caso o en otro, hacen que no se esté estableciendo una medida eficaz para limitar el abuso en la contratación temporal, ya que la simple conversión en una modalidad contractual, que en definitiva es de naturaleza temporal, no lo es.

De otro lado, plantear que en caso de cobertura reglamentaria el indefinido no fijo reciba la indemnización prevista para un contrato temporal no es razonable. No puede tratarse en su terminación de igual manera el contrato regular y el irregular, porque, se debe reiterar, con ello no se establece medida eficaz y suficiente alguna para impedir la contratación fraudulenta.

En definitiva, el Auto de 11 de diciembre de 2014 del TJUE abre la puerta a dar una respuesta distinta a la tradicional ante todas las formas de extinción de la relación del indefinido no fijo.

Sin embargo, de manera reciente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en [Sentencia de 15 de junio de 2015 \(rec. núm. 2924/2014\)](#), en un supuesto en el que se planteaba la improce-

dencia del despido tras la cobertura reglamentaria de la plaza, considera a este respecto que no existe contradicción en el caso concreto, pero sí reconoce a la trabajadora una indemnización de ocho días de salario por año de servicio, argumentando para ello que «el motivo deberá ser estimado, ateniéndonos al criterio ya manifestado con anterioridad por esta Sala así como a lo resuelto en Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, dictado en el asunto C-86/2014 (ES), procede acceder a lo solicitado, con parcial estimación del recurso».

Se trata de una respuesta que parece poco congruente con la posición del TJUE que se recoge en el auto expresado, y que además se da con una muy escasa argumentación, por lo que habrá que esperar que a la vista de dicho auto exista un pronunciamiento definitivo en cuanto al resarcimiento que procede por la extinción de la relación del indefinido por cobertura reglamentaria.

## 4. CONCLUSIONES

### 4.1. FRACASO Y EFECTOS PERVERSOS DE LA ACTUAL SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

La primera conclusión es que esta figura supone un rotundo fracaso. La voluntad de compaginar de forma adecuada la normativa laboral con la administrativa para solventar el problema que surge ante una irregular contratación por parte de la Administración pública ha terminado por provocar la inaplicación de los mecanismos correctores de ambas, generando una figura híbrida que no protege a los trabajadores, no limita a la Administración y no sirve a la sociedad.

Ello es así aunque contemplemos la situación desde uno u otro extremo de la relación laboral. Para los trabajadores supone estar sometidos a un régimen de precariedad inaceptable. Pueden estar vinculados con la Administración durante largos años, y ello no impide que una decisión de la propia entidad que los contrató irregularmente, con eficacia inmediata, y sin una especial justificación, pueda extinguir la relación sin consecuencia alguna.

Desde la perspectiva de la Administración, es cierto que fórmulas irregulares de contratación laboral han sido en demasiadas ocasiones utilizadas de forma abusiva, con el fin de introducir irregularmente a trabajadores en el círculo de contratación al margen de los cauces constitucionalmente previstos, pero la doctrina de los indefinidos no fijos, con su configuración actual, no hace sino continuar promoviendo tal práctica.

Es más, consolidada la situación, nada impide a la Administración perpetuarla a voluntad sin cubrir la plaza reglamentariamente ni amortizarla<sup>9</sup>, y así hasta que lo estime conveniente, tenien-

<sup>9</sup> MARÍN ALONSO, I.: «Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010». *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2011, núm. 2, pág. 710.

do a su disposición a un trabajador en precario. Tampoco se debe criminalizar de forma generalizada a quienes ocupan puestos irregularmente y luego son declarados como indefinidos no fijos. En muchas ocasiones dichos trabajadores son las primeras víctimas de una actuación abusiva, o incluso han superado un proceso selectivo para acceder a una contratación aun de tipo temporal.

## 4.2. ALTERNATIVAS

Frente a lo anterior, podrían plantearse dos alternativas. La primera es aplicar en su actual redacción la disposición adicional vigésima del **ET** que prevé la posibilidad de llevar a cabo despidos por causas objetivas en el ámbito de la Administración a todos los supuestos de cese de indefinido no fijo, o bien la doctrina emanada del TJUE en sus últimas resoluciones, pareciendo razonable que si una entidad pública considera que una plaza cubierta por personal indefinido, o en este caso indefinido no fijo, es innecesaria y debe amortizarse, o procede a su cobertura reglamentaria, acuda a un despido de esa naturaleza regulado en los artículos 51 y siguientes del **ET**, con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

Desde luego no tiene sentido el que se reconozca al trabajador la misma indemnización al fin del contrato que la prevista para la terminación de los contratos temporales. Si ello es así, ¿qué diferencia existe en la práctica entre un contrato temporal regularmente celebrado y otro que no lo es? Una interpretación de tal naturaleza solo promovería la contratación irregular frente a la correcta.

Una segunda alternativa podría consistir, al igual que ocurre en otras legislaciones, en estimar como no posible la continuación del trabajador al servicio de la Administración al existir un vicio en el origen de la relación que no cabe subsanar. No en todos los casos la relación es irregular desde su inicio, aunque en la mayor parte de los casos sí (contratos temporales fraudulentos, cesión ilegal, falsos autónomos). Ello sin embargo debería ir complementado con un resarcimiento adecuado para el trabajador objeto de contratación abusiva, que por analogía podría ser el mismo que el previsto para los supuestos de despido improcedente. Cualquiera de las dos anteriores alternativas me parecería razonable, y si ello se completase con la previsión de una responsabilidad personal del responsable administrativo que con dolo o culpa grave hubiera dado lugar a esa situación (art. 176 **Ley General Presupuestaria 47/2003**), podríamos empezar a comprobar cierto cambio de tendencia en esta materia.

