

Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público

Remedios Roqueta Buj

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia*

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2019** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio Bernal Pérez-Herrera, don Gonzalo Giménez Coloma, don Agustín González Hermosilla, don Miguel Ángel Luelmo Millán, doña Margarita Miñarro Yanini y doña Ana de la Puebla Pinilla.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

La figura de los «indefinidos no fijos» fue una creación jurisprudencial, acogida posteriormente por el legislador de forma fragmentaria e inconexa. Dejar esta figura a expensas de la interpretación judicial prevalente en cada momento coloca a los afectados en una situación de extrema incertidumbre e inseguridad jurídica. Además, el indefinido no fijo no está cumpliendo la función para la que fue ideado desde el momento en el que las Administraciones públicas no proceden en un tiempo razonable a la cobertura definitiva de las plazas ocupadas por los trabajadores indefinidos no fijos a través de los «procedimientos ordinarios» de selección y los afectados tampoco reaccionan frente a esta situación para evitar la competencia en un sistema abierto de ingreso, a la espera de ir generando mayor antigüedad y conseguir así una vía de entrada menos problemática a través de las consolidaciones. Esto ha desembocado en la formación de ingentes bolsas de personal indefinido no fijo en un estado de pendencia igualmente clamorosa. En este contexto, la norma presupuestaria deja fuera de las limitaciones de la tasa de reposición las plazas correspondientes al personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial. Por ello, es previsible que las Administraciones saquen a convocatoria pública miles de plazas ocupadas por indefinidos no fijos en 3 años, lo que sin duda va a ser fuente de una gran conflictividad judicial. De ahí, el interés de este estudio en el que se analiza el régimen jurídico aplicable al indefinido no fijo y se realizan propuestas *de lege ferenda* en aras de armonizar el derecho a la estabilidad en el empleo con los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Palabras clave: trabajadores indefinidos no fijos, Administraciones públicas.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Roqueta Buj, R. (2020). Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 23-61.



Undefined non fixed workers: stability versus equality, merit and ability in access to public employment

Remedios Roqueta Buj

Abstract

The figure of the «undefined non fixed» was a jurisprudential creation, subsequently received by the legislator in a fragmentary and disjointed manner. Leaving this figure at the expense of prevailing judicial interpretation at all times places those affected in a situation of extreme uncertainty and legal uncertainty. In addition, the indefinite non-fixed is not fulfilling the function for which it was devised from the moment in which the public administrations do not proceed in a reasonable time to the definitive coverage of the places occupied by the undefined undefined workers through the «Ordinary procedures» of selection and those affected do not react to this situation to avoid competition in an open income system, waiting to generate more seniority and thus achieve a less problematic way of entry through consolidations. This has resulted in the formation of huge bags of undefined undefined personnel in an equally clamorous state of penance. In this context, the budget rule leaves out the limitations of the replacement rate the places corresponding to undefined staff not fixed by judicial decision. For this reason, it is foreseeable that the Administrations will take thousands of places occupied by indefinite non-fixed persons in 3 years, which will undoubtedly be the source of a great judicial conflict. Hence, the interest of this study in which the legal regime applicable to the undefined indefinite is analyzed and proposals of lege ferenda are made in order to harmonize the right to stability in employment with the principles of equality, merit and capacity in Access to public employment.

Keywords: undefined non fixed workers, public Administrations.

Citation: Roqueta Buj, R. (2020). Undefined non fixed workers: stability versus equality, merit and ability in access to public employment. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 23-61.



Sumario

1. Introducción
 2. Régimen jurídico aplicable a los trabajadores indefinidos no fijos
 3. Las circunstancias determinantes del reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo
 - 3.1. La contratación temporal realizada en fraude de ley o con graves irregularidades
 - 3.2. La superación del límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador previsto en el artículo 15.5 del ET
 - 3.3. La cesión ilegal de trabajadores en el marco de pseudocontratos administrativas, encomiendas de gestión o convenios de coordinación
 4. El título de la calificación como indefinidos no fijos en las Administraciones públicas: efectos
 5. El estatus de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla
 - 5.1. Trabajadores «indefinidos no fijos» e igualdad de tratamiento
 - 5.2. Trabajadores «indefinidos no fijos» y diferencias de trato justificadas
 - 5.2.1. La exclusión de los trabajadores «indefinidos no fijos» de los procesos de provisión de puestos de trabajo
 - 5.2.2. La exclusión de los trabajadores «indefinidos no fijos» de los procesos selectivos «blandos»
 - 5.2.3. La prioridad de permanencia del personal laboral fijo respecto de los indefinidos no fijos en los despidos por causas económicas, técnicas u organizativas
 - 5.2.4. La readmisión del personal laboral fijo en los despidos disciplinarios improcedentes
 6. Las causas específicas de extinción del contrato por tiempo indefinido no fijo de plantilla
 - 6.1. La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo como consecuencia del resultado de un proceso selectivo basado en los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad
 - 6.2. La extinción por amortización de las plazas vacantes
 - 6.3. La garantía de indemnidad de los trabajadores indefinidos no fijos
 7. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

En la configuración de los denominados «trabajadores indefinidos no fijos de plantilla» de las Administraciones públicas confluyen dos bloques del ordenamiento jurídico –el laboral y el administrativo– orientados a preservar finalidades distintas y hasta cierto punto contrapuestas. El derecho del trabajo defiende la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada o una cesión ilegal, mientras que el derecho administrativo establece unos sistemas selectivos del personal laboral fijo (la oposición, el concurso-oposición y el concurso de méritos) que deben garantizar la igualdad de todos los ciudadanos y que, al objetivar el reclutamiento de los mismos a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la imparcialidad y eficacia en la actuación de las Administraciones públicas.

2. Régimen jurídico aplicable a los trabajadores indefinidos no fijos

La figura de los trabajadores indefinidos no fijos es fruto de la creación jurisprudencial. Efectivamente, la contratación de trabajadores fijos en las Administraciones públicas ofrece la peculiaridad de que debe atenerse a los principios de igualdad, mérito y capacidad –art. 55 RDleg. 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)–. Por ello, las irregularidades en la contratación temporal no pueden tener la consecuencia normal de estimar como fijos a los trabajadores temporales contratados irregularmente, pues si así fuera se defraudaría la aplicación de las normas antes señaladas que exigen procedimientos públicos para la contratación del personal laboral fijo. Y así, el Tribunal Supremo estima que el contrato debe calificarse como indefinido (no sometido a término), pero el trabajador no puede ser considerado fijo de plantilla; es el personal por tiempo indefinido no fijo de plantilla.

Con posterioridad, el legislador ha venido a refrendar esta categoría de empleados públicos a través de las siguientes disposiciones:

- En primer lugar, el artículo 8 del EBEP contempla la figura del personal laboral por tiempo indefinido como una categoría diferente del fijo y del temporal. Ello no obstante, el EBEP no va mucho más allá de la constatación de la existencia

de este personal y solamente se refiere a él en alguna ocasión, como, por ejemplo, en el artículo 11 cuando establece que «en función de la duración del contrato, este (en referencia al personal laboral) podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal».

- En segundo lugar, la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), dispone que el límite al encadenamiento de contratos temporales:

[...] surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. [Y que] En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

De este modo, es evidente que el legislador viene a dar cobertura legal a la figura jurisprudencial del «trabajador con contrato indefinido pero no fijo de plantilla» (Sala y Altés, 2008, p. 66).

- En tercer lugar, de conformidad con el apartado segundo de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018 (LPGE/2018), los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones públicas y en las entidades que conforman su sector público instrumental:

[...] no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

- En cuarto lugar, según el artículo 19.7 de la LPGE/2018, no computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las plazas «correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial». Por ello, la disposición adicional tercera del Real Decreto 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019,

dispone lo siguiente en relación con el «personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial»:

1. Las Administraciones públicas podrán convocar, sin que computen a efectos de tasa de reposición, las plazas correspondientes al personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial.
 2. Estas convocatorias deberán realizarse en el plazo establecido en el artículo 70.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público para la ejecución de las ofertas de empleo público, previa negociación colectiva.
 3. La articulación de estos procesos garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad y les serán de aplicación los criterios generales establecidos en este real decreto.
- En quinto lugar, el apartado segundo de la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018 también establece que:

Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones públicas y en las entidades que conforman su sector público instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo.

El problema es que el precepto reenvía las responsabilidades por las actuaciones irregulares a la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas, sin tipificar siquiera la acción como falta de determinada gravedad, por lo que en realidad nada añade (S. Fernández, 2017, p. 10). No obstante, sí debe valorarse positivamente la regla según la cual los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

En fin, hay que subrayar un hecho por lo demás relevante en relación con la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018: no se trata de una disposición adicional de vigencia limitada a un año, sino que se configura como una disposición de vigencia indefinida. Por consiguiente, sus reglas se incorporan al derecho permanente y más específicamente, por su contenido, al derecho del trabajo aplicable a las Administraciones y entidades públicas (Boltaina, 2019, p. 3).

3. Las circunstancias determinantes del reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo

Los contratos temporales se transforman en indefinidos no fijos en las siguientes circunstancias:

- 1.^a Cuando la contratación temporal se realiza en fraude de ley o con graves irregularidades.
- 2.^a Cuando se supera el límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador previsto en el artículo 15.5 del ET.
- 3.^a Cuando los trabajadores sometidos a una cesión ilegal en el marco de pseudo-contratos administrativas, encomiendas de gestión o convenios de coordinación optan por su integración en la Administración pública cesionaria (art. 43.4 ET).

En cambio, la figura del indefinido no fijo no resulta adecuada en los supuestos en los que se produce una sucesión de empresa desde un empresario privado a un ente público que deba seleccionar a su personal laboral con estricto cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, pues es una respuesta judicial a una gestión irregular en la contratación temporal, mientras que la subrogación viene impuesta por la ley laboral y la Directiva 2001/23/CE, de 12 marzo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad¹. Por ello, el legislador explorará otras alternativas para resolver esta cuestión, en particular la figura del «personal a extinguir». Así, según la disposición adicional vigésima sexta, apartado Uno, b) y a), de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017 (LPGE/2017), la integración del personal laboral indefinido de las sociedades mercantiles o fundaciones públicas y consorcios o de los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos en una Administración pública o en una entidad de derecho público se llevará a cabo como «personal a extinguir», sin adquirir la condición de empleados públicos y sin que, en consecuencia, formen parte propiamente de la plantilla de las entidades públicas ni consoliden plaza en ellas. Al «personal a extinguir» no se le pueden reconocer los derechos y expectativas vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial procedimiento de acceso al

¹ En el mismo sentido se expresan, entre otros, Mauri (2017, pp. 112 y ss.); Castillo (2017, pp. 111 y ss.); López (2017, pp. 145 y ss.); y Roqueta (2018, pp. 184 y ss.). En sentido contrario, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de Cataluña de 13 de marzo de 2007 (rec. 7241/2006) y de las Islas Baleares de 8 de mayo de 2014 (rec. 81/2014); Fernández (2008, pp. 137 y ss.); Ortega y De Sande (2015, pp. 86 y ss.); De la Puebla (2016, p. 112); Nores (2016, pp. 5 y ss.); De Sande (2016, pp. 106 y ss.); J. A. Fernández (2017, p. 13); Monereo y Fernández (2017, p. 28); y Cavas (2018, pp. 119 y ss.).

empleo público en condiciones de igualdad y mérito, lo que implica que «su horizonte de carrera, provisión de puestos y movilidad ha de quedar circunscrito al ámbito estricto de la unidad transmitida y a la estructura de puestos de trabajo en la que se desarrollaban sus funciones en la situación anterior» (Mauri, 2017, p. 119). De este modo, el «personal a extinguir» queda vinculado a la unidad o servicio transmitido y no puede olvidarse que la reversión no es irreversible, pues la Administración puede volver a externalizar la gestión del servicio a través de empresas privadas no incluidas en el sector público, en cuyo supuesto, aquel pasaría a formar parte de la plantilla de estas, manteniendo sus condiciones de trabajo en los términos previstos por las reglas de la sucesión de empresas.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 122/2018, de 31 de octubre, considera que el establecimiento de estas reglas para limitar la incorporación, como personal al servicio de la Administración pública, de determinados trabajadores no integra el núcleo mínimo, necesario e indisponible de la ley de presupuestos, sin que tampoco pueda considerarse que se trate de materias propias del contenido eventual de la legislación presupuestaria, al no concurrir las condiciones exigidas por nuestra jurisprudencia. Y, por tanto, declara la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional vigésima sexta, apartado Uno, a) y b), de la Ley 3/2017.

Pero a pesar de ello, a mi juicio, la cuestión sigue igual². En principio, de conformidad con el artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE, el traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de estos «no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario», si bien esta disposición «no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo» (apdo. 1). Además, y dado que la Directiva 2001/23/CE únicamente persigue una armonización parcial de la materia de que se trata, no impide que, en caso de transmisión de una actividad ejercida por una persona jurídica de derecho privado a una entidad pública que tiene que explotar la actividad de que se ha hecho cargo como un servicio público administrativo y, por tanto, según las normas del derecho público, se aplique una normativa nacional que imponga la resolución de contratos de trabajo de derecho privado³. Sin embargo, con arreglo al artículo 4.2 de la directiva:

² Cfr. Boltaina (2019, pp. 1 y ss.).

³ Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (SSTJCE) de 10 de febrero de 1988 (asunto C-324/86), 6 de noviembre de 2003 (asunto C-4/01) y 26 de septiembre de 2000 (asunto C-175/99). Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013) dictada a propósito de la extinción de la Agencia Pedro Lain Entralgo –cuyas funciones son asumidas por la Comunidad de Madrid–, ordenada por la disposición adicional tercera de la Ley autonómica 4/2012, de 4 de julio, que prescribe que se extinguirán los contratos de trabajo del personal laboral (que no sea fijo y comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid).

[...] tal resolución constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en perjuicio del trabajador, que se deriva directamente de la transmisión, de modo que, en este supuesto, la resolución de dichos contratos de trabajo debe considerarse imputable al empresario⁴.

Pues bien, a pesar de las posibilidades que el marco comunitario reseñado ofrece al legislador español, lo cierto es que el artículo 44 del ET, que resulta aplicable a las empresas tanto privadas como públicas, articula, entre otras, dos garantías a favor de los trabajadores de la empresa transmitida, a saber⁵: la estabilidad en el empleo y la novación subjetiva de la persona del empleador (a); y el mantenimiento de las condiciones de trabajo vigentes en la empresa cedente con anterioridad a la transmisión de empresa (b).

- a) Por una parte, el artículo 44.1 del ET contiene una garantía de los derechos de los trabajadores en el supuesto de que se produzca una novación subjetiva en la persona de su empleador, de forma que el cambio de titularidad empresarial no puede extinguir –por sí mismo, como explicita el texto legal– las relaciones laborales preexistentes, sino que el nuevo empresario queda subrogado por imperativo legal en los derechos y obligaciones del anterior⁶. De este modo, el cesionario está obligado a hacerse cargo de la plantilla de la empresa cedente y, si no lo hace, su negativa deberá entenderse como un despido que, en principio, merecerá la calificación de improcedente.
- b) Por otra parte, el artículo 44.4 del ET garantiza el mantenimiento de las condiciones de trabajo vigentes en la empresa cedente al tiempo de producirse la transmisión de empresa⁷. En cambio, ni la directiva ni el ET pueden ser eficazmente invocados para obtener una mejora de las condiciones de trabajo con ocasión de la transmisión de empresa. Por consiguiente, los trabajadores afectados por la sucesión empresarial no pueden obligar a la Administración pública cesionaria a

⁴ SSTJCE de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-175/99) y 11 de noviembre de 2004 (asunto C-425/02).

⁵ SSTS de 15 de julio de 2003 (recs. 3442/2001 y 1973/2002) y 4 de octubre de 2003 (rec. 585/2003).

⁶ Cfr. las SSTS de 24 de julio de 1995 (rec. 3353/1994), 10 de septiembre de 1986, 27 de octubre de 1986, 22 de julio de 1988 y 20 de enero de 1997 (rec. 687/1996).

⁷ Por lo demás, este precepto en modo alguno ha sido modificado por la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 20/2012. En efecto, esta regla no es aplicable en los supuestos de sucesión de empresas, pues establece «medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración» persiguiendo la «correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado [...] evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral» –SSTSJ de Canarias de 25 de octubre de 2013 (rec. 675/2013) y de Castilla y León de 27 de junio de 2014 (rec. 873/2014)–. Y es en este contexto de contratación patológica, fraudulenta, en el que ha de contemplarse la previsión contenida en el párrafo segundo de la mencionada disposición, que se refiere al caso de que «en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración».

homologarles sus condiciones de trabajo a las del resto de empleados públicos laborales, aplicándoles las mejoras de las condiciones de trabajo previstas para estos en el EBEP.

3.1. La contratación temporal realizada en fraude de ley o con graves irregularidades

La contratación de los trabajadores fijos en las Administraciones públicas debe atenerse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 55.1 del EBEP. Además, el artículo 61.7 de esta disposición normativa establece que «los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos». Por ello, el fraude de ley o las irregularidades graves en la contratación temporal no pueden tener la consecuencia normal de estimar como fijos a los trabajadores temporales contratados irregularmente, pues, si así fuera, se defraudaría la aplicación de las normas antes señaladas que exigen procedimientos públicos para la contratación del personal laboral fijo. Y así, el contrato debe calificarse como «indefinido» (no sometido a término), pero el trabajador no puede ser considerado fijo de plantilla; es el personal por tiempo indefinido no fijo de plantilla.

3.2. La superación del límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador previsto en el artículo 15.5 del ET

Según la disposición adicional decimoquinta del ET, el límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador previsto en el artículo 15.5 del ET:

[...] surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador:

[...] continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se

producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

No obstante, la disposición adicional decimoquinta.3 del ET matiza que para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5 del ET:

[...] solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas.

De esta manera, a la hora de apreciar la existencia de encadenamiento de contratos temporales, solo se tomarán en consideración los celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. El sentido de la regla parece ser excluir la posibilidad de que las Administraciones públicas y sus organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) o los organismos públicos pertenecientes al mismo nivel de organización territorial puedan considerarse como un «grupo de empresas» a estos efectos.

Por otra parte, como las Administraciones públicas y los organismos públicos son configurados como unidades de referencia para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador, tampoco se podrán considerar los contratos temporales que este haya celebrado con las entidades instrumentales que tengan una forma de personificación jurídico-privada (sociedades mercantiles y fundaciones públicas). En cambio, como la disposición adicional decimoquinta.3 del ET no alude a estas entidades instrumentales, los grupos constituidos por sociedades mercantiles públicas y/o fundaciones del sector público se rigen por la regla general del artículo 15.5 del ET.

Los trabajadores que en un periodo de 30 meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma Administración pública u organismo público, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, «adquirirán la condición de trabajadores fijos» (art. 15.5 ET). Estamos ante un efecto legalmente imperativo, ante una novación *ex lege* y, por ello, alcanzado el plazo legalmente previsto y cumplidos los demás condicionantes legales, este debe entenderse como trabajador indefinido no fijo de la Administración pública u organismo público en el que está efectivamente prestando servicios (disp. adic. decimoquinta.1 ET) (Alfonso, 2010, pp. 118-119).

3.3. La cesión ilegal de trabajadores en el marco de pseudocontratos administrativos, encomiendas de gestión o convenios de coordinación

Cuando los trabajadores sometidos a una cesión ilegal en el marco de pseudocontratos administrativos, encomiendas de gestión o convenios de coordinación optan por su integración en la Administración pública cesionaria (art. 43.4 ET), no adquieren en la misma la condición de fijo de plantilla, sino de trabajadores indefinidos no fijos. En efecto, como subraya el Tribunal Supremo, las Administraciones públicas están en una posición especial en materia de contratación laboral en la medida en que la cesión ilegal de trabajadores, al igual que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de fijeza, pues con ello se vulnerarían las reglas imperativas que garantizan que la selección en el acceso al empleo público debe someterse a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, lo que condiciona la adquisición de la condición de trabajador fijo a la superación de una oposición, un concurso-oposición o un concurso de méritos libres en los que se garanticen dichos principios de conformidad con lo previsto en los artículos 55 y siguientes del EBEP. Estas normas garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de las Administraciones públicas al servicio de los intereses generales.

Por ello, se introduce la distinción entre fijo de plantilla y el carácter indefinido del contrato, pues este último impone que el contrato no está sometido directa o indirectamente a un término, pero no implica que el trabajador consolide sin superar un proceso de selección una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de estas normas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato si el trabajador no supera el proceso de selección.

En definitiva, el trabajador sujeto pasivo de una cesión ilegal no adquiere en las Administraciones públicas la condición de trabajador fijo de plantilla, sino la de trabajador por tiempo indefinido⁸.

⁸ Así lo señala el Tribunal Supremo en relación con las Administraciones de las comunidades autónomas –SSTS de 17 de septiembre de 2002 (rec. 3047/2001), 19 de noviembre de 2002 (rec. 909/2002), 11 de diciembre de 2002 (rec. 639/2002), 27 de diciembre de 2002 (rec. 1259/2002), 28 de octubre de 2003 (rec. 4878/2002) y 11 de noviembre de 2003 (recs. 17/2003 y 3898/2002)– y los consorcios –STS de 19 de junio de 2002 (rec. 3846/2001)–.

4. El título de la calificación como indefinidos no fijos en las Administraciones públicas: efectos

Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones públicas y en las entidades que conforman su sector público instrumental:

[...] no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial (disp. adic. cuadragésima tercera Ley 6/2018).

Por consiguiente, las Administraciones públicas no pueden atribuir directamente a un trabajador la condición de indefinido, siendo necesaria, en tal sentido, una resolución judicial dictada a instancia del propio trabajador, ya sea en el marco de un proceso declarativo⁹ o de despido¹⁰. De la regla general, sin embargo, habría que excluir los supuestos en los que los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos en una Administración pública o en una entidad de derecho público adquieran la condición de trabajadores indefinidos no fijos por ser víctimas de tráfico ilegal de mano de obra, ya que la STC 122/2018, de 31 de octubre, incomprensiblemente también ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva» del segundo apartado de la disposición adicional trigésima cuarta de la LPGE/2017. Sin embargo, hay que indicar que dicho inciso se mantiene tal cual en la disposición adicional cuadragésima tercera de la LPGE/2018. A mayor abundamiento, el artículo 19.7 de esta disposición legal determina que no computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las plazas «correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial».

Por lo demás, como subraya el voto particular del excelentísimo señor magistrado don Aurelio Desdentado Bonete a la STS de 18 de diciembre de 2012 (rec. 185/2011), la apli-

⁹ Como subrayan las SSTS de 16 de septiembre de 2009 (rec. 2570/2008) y 26 de abril de 2010 (rec. 2290/2009), la pretensión de declaración de la naturaleza indefinida de la relación laboral constituye una pretensión declarativa admisible. En efecto, los trabajadores indefinidos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, por lo que tal pretensión contiene un interés real y susceptible de acceder a la tutela judicial.

¹⁰ En este sentido, puede traerse a colación la STS de 12 de marzo de 2014 (rec. 685/2013), que viene a señalar que es constitutiva de despido improcedente la extinción al término de un contrato aparentemente temporal que, en realidad, tenía la condición de indefinido dada la reiteración y sucesión de contratos, todos con la misma finalidad y respondiendo a una necesidad permanente del Ayuntamiento, aun cuando el trabajador no hubiera superado la convocatoria para consolidar cuatro plazas de su categoría a la que se sometió, al no ser esta la razón del cese.

cación de lo dispuesto en el artículo 21 del III Convenio colectivo de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía se convierte en una vía para eludir el derecho a acceder al empleo público laboral en condiciones de igualdad y de acuerdo con criterios de mérito, capacidad y publicidad. Ciertamente, la obtención de un contrato indefinido en una entidad pública por la mera permanencia en una contratación temporal durante un determinado periodo de tiempo contradice la norma legal que establece que la selección del personal debe ajustarse, aunque se trate de entidades públicas empresariales, a los principios de igualdad, mérito y capacidad. A mayor abundamiento, una norma convencional como la controvertida es contraria también al principio de igualdad, al establecer un trato privilegiado a favor de los que han logrado una contratación temporal frente a quienes aspiran a obtener un empleo público en las condiciones que establecen la Constitución y las leyes. Sin embargo, hay que advertir al lector que la sentencia pasa de puntillas sobre esta cuestión y se limita a señalar que la transformación de contratos temporales en indefinidos no fijos no requiere de la autorización establecida en las leyes presupuestarias para la contratación de nuevo personal al no estar ante nuevas contrataciones, sino ante una modificación de la naturaleza del contrato de trabajo, sin incremento alguno de la plantilla de la empresa.

La sentencia firme, al declarar la condición de indefinido no fijo, obliga a la Administración pública a reconocer formalmente el puesto en la relación de puestos de trabajo (RPT), a dotarlo, ofertarlo e incluirlo en las convocatorias de los «procedimientos ordinarios» de selección y, si no lo hace, debería amortizar el puesto de trabajo ajustándose al marco causal, procedimental e indemnizatorio propio de los despidos colectivos u objetivos.

Tal y como subraya la disposición adicional decimoquinta del ET, la cobertura definitiva de la plaza debe tener lugar a través de los «procedimientos ordinarios» de selección, esto es, por medio de una oposición, un concurso-oposición o un concurso de méritos libres en los que se garanticen en todo caso los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Ciertamente, pueden establecerse pruebas más o menos sencillas, incluso por vía exclusiva del concurso de méritos, valorando también la experiencia en las Administraciones públicas, pero siempre que las convocatorias estén formuladas de tal manera que quepa la posibilidad (no remota) de que un aspirante externo supere al «indefinido no fijo»¹¹. Por lo demás, aunque tanto el legislador como la doctrina jurisprudencial solo contemplan la cobertura de los puestos de trabajo ocupados por los trabajadores indefinidos no fijos mediante los sistemas externos de acceso al empleo público, que son los únicos en los que este tipo de trabajadores tienen la oportunidad de participar, las plazas que estos ocupan también pueden ser cubiertas por los procedimientos internos o cerrados de acceso o de provisión (promoción interna, concurso de traslados, etc.), lo que faculta a la Administración empleadora a cesar al indefinido no fijo para colocar en su puesto al tra-

¹¹ STSJ de Canarias de 1 de septiembre de 2009 (rec. 417/2009).

bajador fijo que haya superado dichos procedimientos¹². De lo contrario, se produciría una discriminación inversa en perjuicio de quienes han sido contratados por tiempo indefinido a través de una convocatoria pública y por medio de una oposición, concurso-oposición o concurso de méritos libres. Es más, si se dejaran a salvo de los citados procedimientos las plazas ocupadas por los trabajadores indefinidos no fijos, se conculcaría la normativa vigente, al conseguir la permanencia en un puesto de trabajo público, sustrayendo su cobertura de los mecanismos constitucionales de publicidad, mérito, capacidad e igualdad¹³. Ahora bien, en este caso nos encontraremos ante una amortización de plazas, por lo que habrá que seguir el procedimiento de los artículos 51 o 53 del ET (despido colectivo u objetivo), con la correspondiente indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

El problema, sin embargo, se plantea porque no hay un tope concreto de duración para el cumplimiento de los trámites necesarios para la cobertura reglamentaria de las plazas ocupadas por los trabajadores indefinidos no fijos. Solo a partir del momento en el que se ha procedido a incluir las plazas en la oferta de empleo público hay obligación de convocarlas en el plazo de 3 años que marca el artículo 70.1 del EBEP, computados desde que se publica la oferta de empleo público en la que se incluyen las plazas de referencia¹⁴. Ello permite que las Administraciones públicas mantengan la situación de los trabajadores indefinidos no fijos durante años, sin proceder nunca a regularizarla, y sin que estos les requieran para que procedan a la cobertura de sus puestos mediante una convocatoria realizada con todas las garantías de publicidad y libre concurrencia en un proceso de selección de personal fijo en condiciones de mérito y capacidad, a la espera de ir generando mayor antigüedad y conseguir así una vía de entrada menos problemática a través de las consolidaciones.

Por último, como subrayan las SSTS de 18 de diciembre de 2012 (rec. 185/2011) y 3 de febrero de 2015 (rec. 37/2014), la transformación de contratos temporales en indefinidos no fijos no requiere de la autorización establecida en las leyes presupuestarias para la contratación de nuevo personal al no estar ante nuevas contrataciones, sino ante una modificación de la naturaleza de los contratos de trabajo, sin incremento alguno de la plantilla de la empresa¹⁵. Esto es, la transformación de los contratos temporales en indefinidos no computa a los efectos de la tasa de reposición prevista en la LPGE de cada año. En este sentido, el artículo 19.7 de la LPGE/2018 establece que no computarán dentro del límite máximo de

¹² Así, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valladolid de 24 de enero de 2018 (proc. 912/2017) considera que el carácter indefinido no fijo no impide que la relación laboral se pueda extinguir cuando se cubra reglamentariamente la plaza ocupada mediante la promoción interna.

¹³ STSJ de Canarias de 1 de septiembre de 2009 (rec. 417/2009).

¹⁴ Cfr. la disposición adicional tercera del Real Decreto 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019.

¹⁵ En el mismo sentido, entre otras, las SSTSJ de Andalucía de 2 de diciembre de 2015 (rec. 1668/2015), de Cantabria de 7 de marzo de 2017 (rec. 48/2017) y de Galicia de 11 de abril de 2018 (rec. 5298/2017).

plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las plazas «correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial»¹⁶.

5. El estatus de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla

La diferencia entre «indefinido no fijo» y «fijo» se encuentra en la extinción del vínculo contractual. Sin embargo, como subraya la STS de 21 de julio de 2016 (rec. 134/2015), durante la vigencia del vínculo, el trabajador «indefinido no fijo» «no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición». En efecto, el artículo 15.6 del ET establece que:

Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos [...] [y que] Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

Esta protección –y por ende prohibición en su caso de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de la norma estatutaria– resulta, a juicio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, «sin duda de aplicación [con mayor razón si cabe] a los denominados trabajadores "indefinidos no fijos"»¹⁷.

Por consiguiente, toda diferencia de tratamiento entre estos dos grupos diferenciados –el de los trabajadores fijos y el de los trabajadores indefinidos y temporales– ha de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo, el sistema de acceso al empleo público o el régimen jurídico del contrato (en particular en lo relativo a sus causas de extinción) que las expliquen razonablemente. Así lo viene a clarificar la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que, recogiendo el acuerdo al respecto de los interlocutores sociales europeos que refleja el título de la directiva, tiene por objeto precisamente el establecimiento de «un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos

¹⁶ Cfr. la disposición adicional tercera del Real Decreto 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019.

¹⁷ SSTS de 4 de mayo de 2009 (rec. 1631/2008), 8 de julio de 2009 (rec. 2632/2008), 16 de septiembre de 2009 (rec. 250/2008), 26 de abril de 2010 (rec. 2290/2010) y 21 de julio de 2016 (rec. 134/2015).

contra la discriminación» (párr. segundo preámbulo). Y para el logro del tal objetivo, la directiva establece, entre otras cuestiones, que:

[...] por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con contratos de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas (cláusula 4.1).

En definitiva, los trabajadores indefinidos y temporales no pueden, sin que exista justificación objetiva alguna, ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable.

5.1. Trabajadores «indefinidos no fijos» e igualdad de tratamiento

El trabajador indefinido de plantilla no puede ser diferenciado del personal laboral fijo en materia de jornada de trabajo ni de retribuciones o mejoras voluntarias de la Seguridad Social, ni siquiera de la retribución de la antigüedad, cuando se demuestre que ambos realizan un trabajo igual o similar¹⁸. En este sentido, la STC 71/2016, de 14 de abril, a propósito de la disposición adicional quincuagésima séptima de la Ley 10/2012, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la comunidad autónoma de Canarias para 2013, que instaura, con carácter general, la reducción de jornada del personal funcionario interino, del personal laboral indefinido y del personal laboral temporal, señala que es claro que «la diferenciación no se establece por razón de la naturaleza del trabajo que se desempeña, sino por el hecho de que este personal no tiene una relación de empleo fija con la Administración». Esta circunstancia, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 104/2004, de 28 de junio:

[...] no puede considerarse, por sí sola, una justificación razonable que permita considerar acorde con el principio de igualdad la medida establecida, pues, aunque para acceder a una relación de empleo fija con la Administración, bien como

¹⁸ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2016 (proc. 229/2016) declara que es contraria a derecho y nula la práctica empresarial de discriminar a los trabajadores temporales, trabajadores indefinidos no fijos y los trabajadores de los buques y reservas marinas en el acceso al Fondo de Ayuda Social. Por su parte, la doctrina judicial considera que procede abonar al personal indefinido no fijo el complemento de antigüedad –SSTSJ de Galicia de 26 de marzo de 2013 (rec. 3774/2010) y de Asturias de 9 de febrero de 2016 (rec. 2355/2015)–, el complemento personal de capacitación y permanencia laboral –SSTSJ de Galicia de 18 de marzo de 2014 (rec. 2550/2012), 28 de marzo de 2014 (rec. 1843/2012) y 10 de junio de 2014 (rec. 1919/2012)–, el incentivo de jubilación –STSJ de Galicia de 28 de marzo de 2018 (rec. 4290/2017)– o la ayuda por limpieza bucal –STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018 (rec. 744/2018)–, no siendo admisibles las diferencias de trato con los trabajadores fijos.

funcionario de carrera, bien como personal laboral fijo, se exija superar unos procesos selectivos que acrediten el mérito y capacidad y estos procesos selectivos sean diferentes de los que han de superar aquellos que tienen un vínculo temporal con la Administración, esta diferente forma de acceso no permite en este supuesto entender justificada la diferencia de trato.

La menor dificultad que tienen los procesos selectivos que superan quienes se incorporan con carácter temporal a la Administración pública respecto de los que tienen que superar aquellos que se integran como personal fijo:

[...] no justifica que respecto de estos trabajadores se adopten medidas que no estén justificadas en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo que tienen que desempeñar o que sean consustanciales a la naturaleza temporal de su relación de empleo.

Por ello, como la medida prevista en la norma cuestionada:

[...] no tiene esta justificación, sino que se fundamenta, como expresamente se reconoce en su apartado primero, en razones de contención de gasto público y tiene como finalidad mantener el empleo público, hacer recaer estas medidas únicamente en los empleados públicos que tienen la condición de temporales no puede considerarse acorde con el principio de igualdad.

En definitiva, esta previsión:

[...] rompe el criterio igualitario entre los trabajadores con contratos de duración determinada y los trabajadores fijos comparables que se deduce de la doctrina de este tribunal (STC 104/2004, de 28 de junio), así como de la aplicación del derecho europeo y la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria «serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal» (art. 43.4 ET). Sobre este tema incide la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 20/2012, que ordena a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictar las instrucciones correspondientes para evitar que con ocasión de sus relaciones con empresas contratadas se produzca el reconocimiento de una relación laboral entre los trabajadores de dichas empresas y los citados entes, organismos y entidades, al tiempo que establece que de producirse tal

reconocimiento y convertirse en personal laboral de la Administración, el salario a percibir «será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias». A la vista de lo dispuesto en el artículo 43.4 del ET y en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 20/2012, en los supuestos de cesión ilegal, si el trabajador opta por la empresa cesionaria, se le aplicarán los salarios que rigen en la misma, aunque sean inferiores a los percibidos en la cedente, ya sean de índole convencional o contractual¹⁹. La previsión normativa sobre equiparación salarial –aparte de su inequívocidad– tiene el claro objetivo de proteger al trabajador afectado por el ilícito tráfico, no el de situarlo privilegiadamente sobre sus compañeros en la empresa por la que ha optado. A mayor abundamiento, los entes, organismos y entidades que forman el sector público territorial e institucional están sujetos –en materia salarial– al principio de legalidad presupuestaria. El salario a percibir será el que corresponda a la clasificación profesional –determinada en función de las tareas desarrolladas por el trabajador– de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración o entidad de que se trate con independencia de que coincida o no con la ostentada en la empresa cedente²⁰.

5.2. Trabajadores «indefinidos no fijos» y diferencias de trato justificadas

La desigualdad de trato de los trabajadores indefinidos no fijos respecto de los trabajadores fijos está justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, entre otros, en los supuestos de hecho que se señalan en los siguientes epígrafes.

5.2.1. La exclusión de los trabajadores «indefinidos no fijos» de los procesos de provisión de puestos de trabajo

Existe una vinculación evidente entre el contrato indefinido no fijo y la plaza desempeñada (Desdentado, 2018, pp. 23 y ss.). Efectivamente, dicha vinculación jurídica es un elemento constitutivo del tipo contractual en las sentencias fundacionales y en toda la doctrina judicial que se ha mantenido dentro de esta construcción hasta abril de 2018. Además, el legislador ha recogido esta doctrina en el apartado primero de la disposición adicional decimoquinta del

¹⁹ SSTs de 9 de diciembre de 2009 (rec. 339/2009) y 25 de mayo de 2010 (rec. 3077/2009); y SSTSJ de Cantabria de 27 de abril de 2010 (rec. 197/2010), de Madrid de 18 de noviembre de 2013 (rec. 1458/2013) y de Galicia de 17 de marzo de 2016 (rec. 1820/2015).

²⁰ Cfr. SSTSJ de Castilla y León de 4 de junio de 2009 (rec. 277/2009), y de Madrid de 8 de noviembre de 2013 (rec. 1544/2013), 18 de noviembre de 2013 (rec. 1458/2013) y 23 de febrero de 2015 (rec. 816/2014).

ET, cuando establece que las irregularidades en la contratación laboral temporal no permiten la consideración como indefinidos de los trabajadores afectados en contra de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, ni constituir un obstáculo para «la cobertura de los puestos de trabajo» a través de los procedimientos ordinarios. De forma más concreta se establece que «el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación», salvo en el supuesto de que tratándose de una provisión abierta sea el propio trabajador el que acceda al puesto convocado. Esta es una exigencia muy importante para garantizar la transparencia de las plantillas reales y para impulsar el funcionamiento efectivo de los mecanismos legales de acceso al empleo público. Por consiguiente, todo está encadenado y lleva a la idea de vinculación: el trabajador que accede a la condición de indefinido no fijo continúa en su puesto de trabajo; ese puesto es el que debe ser objeto de convocatoria pública y su cobertura determina la extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo o su conversión en un contrato fijo.

Y, siendo así, los trabajadores indefinidos no fijos no pueden participar en los procesos de provisión de los puestos de trabajo ni en los concursos de traslados, no siéndoles de aplicación los artículos 83, 73 y 81 del EBEP²¹. No es esta, sin embargo, la solución que mantiene la STS de 21 de julio de 2016 (rec. 134/2015) al desestimar el recurso de ADIF y declarar que los trabajadores «indefinidos no fijos» de la recurrente tienen derecho a solicitar el «traslado» regulado en la sección 2.ª de la normativa laboral que a modo de anexo complementa el XIII Convenio colectivo de Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE), en igualdad de condiciones que los trabajadores «fijos» siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo 30 de la propia normativa laboral²².

Asimismo, la naturaleza del vínculo y su provisionalidad nos llevan a la conclusión de que no puede aplicarse al mismo la institución de la excedencia voluntaria especial por incompatibilidad que contempla el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, tal y como señala el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 29 de noviembre de 2005 (rec. 3796/2004) y 3 de mayo de 2006 (rec. 1819/2005)²³. En primer lugar, porque la exceden-

²¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de diciembre de 2005 (rec. 1015/2004).

²² En esta misma línea, la STSJ de Andalucía de 22 de junio de 2015 (proc. 4/2015) proclama el derecho de los contratados laborales por tiempo indefinido (no fijos) a participar en el concurso de provisión de vacantes.

²³ En cambio, las SSTSJ de Galicia de 11 de junio de 2014 (rec. 1267/2012), 14 de octubre de 2015 (rec. 2882/2014) y 20 de marzo de 2018 (rec. 5203/2017) reconocen al personal laboral indefinido no fijo de la Xunta de Galicia el derecho a excedencia voluntaria, habida cuenta la equiparación convencional de la situación de los trabajadores indefinidos a la de los fijos creada a raíz de los acuerdos de consolidación del personal laboral indefinido de la Xunta de Galicia. A mayor abundamiento, se aduce que en nada alteraría su condición de indefinido no fijo el hecho de que tras la excedencia voluntaria se le adscribiese a un puesto vacante de igual grupo y categoría.

cia 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. Por ello, solo podría reingresar en la vacante de su puesto de trabajo, nunca en otras, e incluso para aquella tampoco podría reconocerse este derecho del artículo 46.5 del ET, pues precisamente lo que tiene que hacer la Administración es proveer dicha vacante por los procedimientos reglamentarios en orden a asegurar que la cobertura deba producirse respetando los principios de igualdad, mérito y publicidad, con lo que la preferencia está excluida. El trabajador podrá optar a la plaza, pero solo en los sistemas de provisión externos y en igualdad de condiciones con el resto de los participantes. La incompatibilidad sobrevenida no puede dar al trabajador más derechos de los que tenía. El único eventual derecho que podría tener el trabajador indefinido no fijo sería, si la plaza continuara vacante, el de obtener una adscripción provisional mientras se procede a su provisión definitiva.

5.2.2. La exclusión de los trabajadores «indefinidos no fijos» de los procesos selectivos «blandos»

Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla tampoco pueden participar en los procesos selectivos «blandos» en donde los requisitos de igualdad, mérito y capacidad se adecuan en mayor o menor grado a los aspirantes internos, en perjuicio de los candidatos de libre acceso, tales como los procesos de promoción interna (a), de funcionarización (b) o de consolidación de empleo temporal (c).

- a) El artículo 14 c) del EBEP contempla el derecho de los empleados públicos, incluidos los trabajadores, «a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación». Sin embargo, el artículo 19.2 del mismo texto legal determina que «la carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los convenios colectivos». De este modo, los convenios colectivos se convierten en fuente de derecho principal, sin que se prevea un marco legal máximo o mínimo para la autonomía colectiva, aplicándose, en su defecto, la legislación laboral. Pues bien, la negociación colectiva vigente en el sector público administrativo únicamente reconoce el derecho a la promoción interna al personal laboral fijo, dejando fuera del mismo tanto

al personal laboral temporal como al personal indefinido no fijo²⁴. Ciertamente, aunque el trabajador indefinido de plantilla no puede ser diferenciado del personal laboral fijo a efectos retributivos, no cabe una equiparación total entre los mismos a efectos de la promoción interna, ya que aquel no ha superado proceso competitivo de selección alguno.

Sin embargo, la STS de 2 de abril de 2018 (rec. 27/2017), en un supuesto en el que en el convenio colectivo de referencia no excluye expresamente de la promoción interna a quienes poseen la condición de indefinidos no fijos, no ve inconveniente en admitir que el «indefinido no fijo pueda participar en este tipo de concursos, conservando dicha condición en el nuevo destino y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno derecho». En este sentido, se arguye que «la ausencia de una regulación expresa sobre los derechos de este colectivo aconseja, mientras subsista, su equiparación en derechos y condiciones con el personal fijo». En efecto, «eso es lo que exige el artículo 15 ET respecto del personal temporal y es obligado aplicarlo también en nuestro caso, pues la categoría conceptual de referencia surge para mejorar la posición respecto de los empleados temporales» y «eso es también lo que exige el derecho de la UE».

Con todo, como subraya el voto particular del excelentísimo señor magistrado don Ángel Blasco Pellicer:

[...] el hecho de que el personal indefinido no fijo, contrariando los artículos 23.2 y 103.3 CE, haya ingresado en la empresa pública de referencia sin haber superado un proceso selectivo basado en los reiterados principios constitucionales de capacidad, mérito e igualdad, constituye un dato objetivo relacionado con el régimen jurídico del contrato que explica razonablemente, dotándola de racionalidad, la medida discutida consistente en la exclusión de los indefinidos no fijos de los procesos de promoción interna para la ocupación de una plaza estable y consolidada, como ocurre en el supuesto de autos»²⁵.

Efectivamente, al no haber superado ningún proceso competitivo de selección, no se les puede eximir de demostrar sus conocimientos sobre algunas de las

²⁴ Cfr., por ejemplo, el artículo 30 del III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración general del Estado (BOE de 12 de noviembre de 2009); el artículo 26 del Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears (BO de 19 de diciembre de 2013); o el artículo 40 del VIII Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DO de 9 de noviembre de 2017).

²⁵ Véase también Desdentado (2018, pp. 34 y ss.).

materias exigidas a los del turno libre ni de realizar ninguna prueba selectiva y valorar como mérito para la promoción interna los servicios que han prestado en el grupo profesional desde el que pretenden promocionar sin un proceso previo de selección que respete los principios básicos de igualdad y publicidad resulta más que discutible.

- b) La disposición transitoria segunda del EBEP establece que el «personal laboral fijo» que desempeña funciones o puestos clasificados como propios del personal funcionario a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, «podrá seguir desempeñándolos» y:

[...] participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos cuerpos y escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.

De este modo, la disposición transitoria segunda del EBEP se dirige única y exclusivamente al personal laboral «fijo», por lo que el personal laboral temporal y el personal indefinido no fijo también quedan excluidos de este peculiar sistema de «promoción interna de funcionarización o promoción horizontal cruzada» (Boltaina, 2014, p. 213; González-Varas, 2012, p. 13)²⁶.

Los artículos 19.Uno.6 y 19.Uno.9 de las LPGE para los años 2017 y 2018 ponen en marcha un macroproceso de estabilización de empleo interino y temporal mediante el sistema de concurso-oposición. Por consiguiente, las plazas ocupadas por los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla no se pueden incluir en estos procesos de consolidación de empleo temporal. Ahora bien, y de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, las

²⁶ Por su parte, la STS de 6 de mayo de 2009 (rec. 69/2008) pone de manifiesto que la disposición transitoria segunda y el artículo 76 del EBEP han modificado el mandato del IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Generalitat, en virtud del cual podían acceder a plazas que no fueran de funcionarios trabajadores temporales e indefinidos no fijos que hubieran desempeñado labores de dichos puestos de trabajo sin titulación pero con capacidad acreditada por el servicio, pero en dicha convocatoria no se incluyeron, sin que el convenio colectivo sea fuente de condición más beneficiosa, dado su carácter normativo.

Administraciones públicas podrán disponer en los ejercicios 2017 a 2019 de una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal de aquellas plazas que, en los términos previstos en la disposición transitoria 4.^a del EBEP estén dotadas presupuestariamente y, desde una fecha anterior al 1 de enero de 2005, hayan venido estando ocupadas ininterrumpidamente de forma temporal. A estas convocatorias les será de aplicación lo previsto en el apartado tercero de la citada disposición transitoria que fija unas reglas particulares en relación con los procesos selectivos que favorecen la posición de los empleados temporales. Este régimen privilegiado resulta sin duda de aplicación –con mayor razón si cabe– a los trabajadores temporales que con posterioridad al 1 de enero de 2005 hubieran alcanzado la condición de «indefinidos no fijos» en virtud de una resolución judicial²⁷.

En definitiva, los trabajadores indefinidos solo pueden acceder a la condición de funcionarios de carrera o de personal laboral fijo a través de una convocatoria pública y por medio de una oposición, concurso-oposición o concurso de méritos libres en los que se garanticen en todo caso los principios de igualdad, mérito y capacidad²⁸. De este modo, se exige siempre la superación de un proceso selectivo, si bien en el seno del mismo cabe hacer valoración de los servicios prestados en los términos previstos en el artículo 61.3 del EBEP y en la doctrina constitucional sobre la valoración del mérito de la antigüedad o previa prestación de servicios.

No obstante, en relación con la posibilidad de computar los servicios prestados como trabajadores indefinidos no fijos en los procesos de concurso-oposición o de concurso de méritos, conviene traer a colación los siguientes pronunciamientos judiciales.

Por un lado, la STS (Contencioso-Administrativo) de 22 de octubre de 2014 (rec. 3500/2013) señala que las exigencias de igualdad, mérito y capacidad que para el acceso a la función pública se contienen en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española «resultan incumplidas cuando se valora la experiencia en un puesto cuya obtención es resultado de un nombramiento totalmente libre y, por ello, encarna un mérito cuya adquisición no estuvo al alcance de todos los aspirantes». Y, por ello, los servicios prestados como personal eventual no se pueden valorar como mérito para el acceso a la función pública o para la promoción pública. Lo que nos lleva a plantear la posibilidad de restringir la valoración de los servicios prestados a aquellos desempeñados conforme a un proceso previo de selección que respete los principios básicos de igualdad y publicidad, evitán-

²⁷ Cfr. las SSTSJ del País Vasco (Contencioso-Administrativo) de 18 de diciembre de 2014 (rec. 410/2012) y de Asturias (Contencioso-Administrativo) de 25 de febrero de 2019 (rec. 156/2018).

²⁸ SSTSJ de Navarra (Contencioso-Administrativo) de 31 de mayo de 1994 (rec. 614/1990) y de Galicia (Contencioso-Administrativo) de 7 de marzo de 2012 (rec. 119/2010).

dose que de un reclutamiento en fraude de ley se deriven efectos que privilegien la posición irregularmente obtenida (S. Fernández, 2017, p. 23).

Por otro lado, la STJCE de 20 de septiembre de 2018 (asunto C-466/17) considera que la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como anexo a 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, debe interpretarse en el sentido de que:

[...] no se opone, en principio, a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que, para clasificar a un trabajador en una categoría retributiva al ser nombrado funcionario de carrera a través de una selección por méritos, toma en consideración los periodos de servicio prestados por él en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, computándolos íntegramente hasta el cuarto año y parcialmente, en sus dos terceras partes como máximo, más allá de este límite.

En este sentido, se subraya que las diferencias entre la experiencia adquirida por los profesores seleccionados mediante oposición y los seleccionados por méritos constituye una «razón objetiva» que justifica el que a los trabajadores temporales se les aplique un régimen de cómputo del tiempo de trabajo efectuado distinto al aplicable a los funcionarios de carrera. Efectivamente, aunque la inexistencia de verificación inicial de las competencias a través de una oposición y el riesgo de desvalorización de esta cualificación profesional no exigen necesariamente excluir una parte de la antigüedad adquirida en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, «cabe considerar que, en determinadas circunstancias, las justificaciones de este tipo responden a un objetivo legítimo». A este respecto conviene señalar que, según las observaciones del Gobierno italiano, el ordenamiento jurídico nacional atribuye especial importancia a las oposiciones. En efecto, con objeto de garantizar la imparcialidad y la eficacia de la Administración, la Constitución italiana dispone, en su artículo 97, que a los puestos de trabajo en las Administraciones públicas se accederá mediante oposición, salvo en los supuestos que la ley establezca. Habida cuenta de estas circunstancias, no cabe considerar que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que solo toma en consideración como máximo las dos terceras partes de la antigüedad de más de 4 años adquirida en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, sobrepase lo necesario para ajustarse a los objetivos previamente examinados y alcanzar un equilibrio entre los intereses legítimos de los trabajadores con contrato de duración determinada y los de los trabajadores fijos, respetando los valores meritocráticos y las consideraciones de imparcialidad y de eficacia de la Administración en que se basa la selección de funcionarios mediante oposición.

Finalmente, hay que traer a colación la doctrina jurisprudencial dictada a propósito de un convenio colectivo por el que se establecía que todo el personal que tuviera una sentencia que declarara indefinida su relación laboral con efectos anteriores al 7 de octubre de 1996 tendría la consideración de personal fijo, quedando excluido de los procesos de consolidación de empleo temporal. Pues bien, tal y como resalta la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 14 de diciembre de 2009 (rec. 1654/2009):

[...] es evidente que si se otorga la condición de fijo por el mero hecho de haber sido contratado temporalmente por un determinado periodo de tiempo o por tener reconocida, a partir de octubre de 1996, la condición de trabajador indefinido se están vulnerando las normas y los principios de referencia, pues los puestos de trabajo afectados se habrán cubierto sin respetar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos y sin aplicar las reglas de selección en función del mérito y la capacidad²⁹.

Asimismo, aunque parezca que el «Acuerdo» por el que se excluyen de las convocatorias públicas de provisión de vacantes las ocupadas por trabajadores con relación indefinida tenga un alcance más modesto (pues no declara formalmente la novación en fijos de los contratos indefinidos), en realidad, su contenido y efectos son iguales, pues, al excluir del sistema de cobertura a los puestos ocupados por los «indefinidos» más antiguos, está igualmente conculcando la normativa ya exhaustivamente analizada, al conseguir el mismo efecto: la permanencia en un puesto de trabajo público sustrayendo su cobertura de los mecanismos constitucionales de publicidad, mérito, capacidad e igualdad³⁰.

5.2.3. La prioridad de permanencia del personal laboral fijo respecto de los indefinidos no fijos en los despidos por causas económicas, técnicas u organizativas

De conformidad con la doctrina constitucional relativa al acceso a puestos de trabajo de carácter público, a la hora de seleccionar al personal afectado por los despidos colectivos en el sector público administrativo, resulta imprescindible distinguir entre quienes puedan acreditar que ingresaron como personal laboral fijo mediante la superación de pruebas selectivas convocadas con arreglo a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, y quienes no puedan probar que han accedido al empleo público de tal forma, debiéndose priori-

²⁹ En el mismo sentido, las SSTs de 4 de febrero de 2010 (rec. 1857/2009), 10 de febrero de 2010 (rec. 1954/2009) y 10 de marzo de 2010 (rec. 2305/2009).

³⁰ STSJ de Canarias de 1 de septiembre de 2009 (rec. 417/2009).

zar la permanencia de los primeros sobre los segundos, aunque estos sean más antiguos. Por ello, el párrafo tercero de la disposición adicional decimosexta del ET y el artículo 41.1 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RPDC), establecen que tendrá prioridad de permanencia en el ente, organismo o entidad pública afectados por el procedimiento de despido:

[...] el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior.

No obstante lo anterior, en rigor, la prioridad de permanencia no se impone en la disposición adicional decimosexta del ET, sino que se supedita a la decisión de los entes, organismos y entidades que tienen la consideración de Administraciones públicas. Y que ello es así lo viene a confirmar el artículo 43.2 a) del RPDC, al facultar al ministro de Hacienda y Administraciones Públicas o autoridad equivalente en el ámbito de las comunidades autónomas para imponer al departamento, consejería, organismo o entidad promotora del procedimiento de despido colectivo «la aplicación de la prioridad a la que se refiere el artículo 41, que tendrá carácter vinculante en los términos que figuren en el acuerdo o resolución que se dicte». Mas ello no puede interpretarse como una facultad discrecional de las Administraciones públicas, sino como una habilitación a su favor para que, en función del juego combinado de los principios constitucionales de mérito y capacidad, de un lado, y de eficacia administrativa, de otro, adopten la solución más adecuada para el interés general. Esto es, una vez salvaguardada la prioridad de permanencia de las personas que ya han acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe que las Administraciones públicas tomen en cuenta criterios distintos dirigidos a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos. Otra interpretación resultaría difícilmente conciliable con los postulados constitucionales.

De hecho, la doctrina judicial considera que la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de publicidad, mérito y capacidad prevista en la disposición adicional decimosexta del ET es de obligado cumplimiento para las Administraciones públicas, estableciéndose de esta manera una nítida distinción entre estas y las empresas privadas, puesto que en estas últimas rige el principio de libre elección de los trabajadores, que pueden quedar sometidos a extinciones contractuales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción³¹.

³¹ SSTSJ de Andalucía de 20 de marzo de 2013 (rec. 11/2012), de Castilla y León de 12 de febrero de 2013 (rec. 60/2013), de Galicia de 2 de mayo de 2013 (rec. 10/2013), de Madrid de 10 de junio de 2013 (rec. 6/2013), de Castilla y León de 9 de octubre de 2013 (rec. 1277/2013), 20 de noviembre de 2013 (rec. 1450/2013), 4 de diciembre de 2013 (rec. 1318/2013) y 11 de marzo de 2015 (rec. 2117/2014), y de

La prioridad de permanencia en las Administraciones públicas juega a favor de los trabajadores fijos frente a los temporales y a los indefinidos no fijos de plantilla, aunque estos sean más antiguos³². En este sentido, los tribunales niegan que el hecho de que se prescinda únicamente de trabajadores temporales y/o de trabajadores indefinidos no fijos y no de trabajadores fijos de plantilla constituya una desigualdad de trato injustificada³³. A este respecto, la STS de 23 de mayo de 2014 (rec. 179/2013) viene a esgrimir la siguiente argumentación³⁴:

En cualquier caso y con todos estos antecedentes normativos, para poder apreciar la existencia de una situación de desigualdad contraria al artículo 14 de la Constitución es de todo punto preciso que concurra el principio básico sobre el que se asienta esta exigencia de igualdad de trato cual es el de que nos encontremos ante situaciones «sustancialmente iguales». Pues bien, esta exigencia de igualdad de situaciones no puede sostenerse que concurra entre los que la jurisprudencia ha venido en considerar «trabajadores indefinidos no fijos» y los «trabajadores fijos», y no existe tal igualdad porque los primeros son trabajadores contratados sin cubrir las exigencias que la propia Constitución requiere para el ingreso en la función pública como es que el ingreso se produzca a través de un procedimiento sujeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad –art. 103.3 CE– de donde deviene que su estatuto jurídico sea distinto del de los fijos propiamente dichos que al haber accedido a la función pública conforme a las exigencias constitucionales gozan de una situación de empleado público con todas las garantías; el indefinido no fijo pudo tener en origen su justificación en una necesidad temporal determinada de empleados por parte de una Administración que cuando la misma desaparece lo sitúa en una situación de precariedad que no puede alcanzar al que fue contratado por las vías legales para una actividad con visos de permanencia. Todo ello se traduce en una diferencia de situaciones que no justifican la aplicación del principio de igualdad.

Cataluña de 14 de septiembre de 2015 (rec. 3675/2015). En sentido contrario, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de marzo de 2015 (rec. 456/2015) y de Andalucía de 8 de junio de 2016 (rec. 1576/2015) y 13 de diciembre de 2017 (rec. 1747/2017).

³² STS de 16 de abril de 2014 (rec. 57/2013); y SSTSJ de Castilla y León de 12 de febrero de 2013 (rec. 60/2013), de Galicia de 2 de mayo de 2013 (rec. 10/2013), de Castilla y León de 28 de mayo de 2013 (proc. 9/2013), de Madrid de 10 de junio de 2013 (rec. 6/2013), de Castilla y León de 9 de octubre de 2013 (rec. 1277/2013) y 20 de noviembre de 2013 (rec. 1450/2013), de Cataluña de 20 de enero de 2015 (rec. 5807/2014) y 14 de septiembre de 2015 (rec. 3675/2015), de Castilla y León de 20 de mayo de 2015 (rec. 729/2015), del País Vasco de 15 de septiembre de 2015 (rec. 13/2015) y 27 de abril de 2017 (rec. 730/2017), y de Andalucía de 30 de mayo de 2018 (rec. 2165/2017) y 7 de junio de 2018 (rec. 1913/2017).

³³ STS de 23 de mayo de 2014 (rec. 179/2013); y SSTSJ de Castilla y León de 12 de febrero de 2013 (rec. 60/2013), de Galicia de 2 de mayo de 2013 (rec. 10/2013), de Castilla y León de 28 de mayo de 2013 (proc. 9/2013) y de Madrid de 10 de junio de 2013 (rec. 6/2013).

³⁴ En esta misma línea, se expresan las SSTS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013) y 23 de noviembre de 2016 (rec. 91/2016).

Es cierto que tanto la jurisprudencia constitucional –por todas la STC 104/2004, de 28 de junio y las que en ella se citan– como el artículo 17 del ET exigen un trato igual y no diferenciado entre trabajadores fijos y temporales que alcanzaría también a los indefinidos no fijos en cuanto se trate de derechos laborales durante la vigencia de la relación laboral, pero esa garantía de igualdad de trato no puede extenderse al momento de la extinción, como efectivamente no lo es en ninguno de aquellos casos como puede apreciarse en la reiterada doctrina de esta Sala en relación con esta categoría concreta de trabajadores como puede apreciarse en Sentencias del Pleno de esta Sala de 22-7-2013 (rec. 1380/2012) o la de 16-12-2013 (rec. 3270/2012) con cita de otras anteriores en el mismo sentido en las que se admite la extinción de estos contratos por la mera amortización de los puestos de trabajo por ellos ocupados en decisión que en modo alguno puede ser de aplicación a los trabajadores fijos. Siendo por ello por lo que el propio legislador ha previsto en el apartado tercero de la disposición adicional vigésima del ET que «en caso de despido colectivo en una Administración pública» «tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido dicha condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de acceso convocado al efecto...».

Al no concurrir la igualdad de situaciones que justificaría defender el trato igual «no puede prosperar el motivo fundado en la norma constitucional denunciada».

Por lo demás, como destaca la STS de 16 de abril de 2014 (rec. 57/2013):

[...] la existencia de una cláusula convencional como la descrita, pactada en el año 2009 para el posible acceso –tras un proceso selectivo de promoción interna por el sistema de concurso-oposición–, de los trabajadores con contrato laboral indefinido –en realidad, más que un derecho, una expectativa de derecho–, no puede suponer un valladar a que la empresa, de concurrir causa legal suficiente, pueda extinguir el contrato de trabajo de dichos trabajadores, no habiéndose acreditado que, en el momento de tomar la medida extintiva, el citado proceso de selección cuando menos se hubiera iniciado³⁵.

³⁵ Por otra parte, la STS de 16 de abril de 2014 (rec. 57/2013) también subraya lo siguiente:

Con carácter también subsidiario, la parte recurrente en el cuarto de los motivos de infracción jurídica (octavo del recurso), denuncia la infracción del artículo 124.9 de la Ley reguladora de jurisdicción social (apartado 11 actual), ya que la sentencia –afirma– debió declarar no se ajusta a derecho el despido colectivo por no haberse amortizado previamente en la plantilla y en los presupuestos municipales los puestos ocupados por los trabajadores. [...] También procede la desestimación de este motivo de recurso, pues como advierte el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, planteada ya esta cuestión ante la Sala de instancia, se afirma por esta, en su fundamento jurídico tercero, que «la modificación de plantilla se produjo el día 26-7-2012, una vez producidos los despidos acordados con efectos de 7-7-2012, pues sin su concurrencia difícilmente podría acordarse tal amortización», secuencia cronológica y razonamiento que ponen de manifiesto el acierto –que compartimos– de la Sala de instancia.

5.2.4. La readmisión del personal laboral fijo en los despidos disciplinarios improcedentes

El artículo 96.2 del EBEP dispone que «procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave», lo que supone que la regla general del artículo 56.1 del ET en los supuestos de despidos improcedentes –opción empresarial entre la readmisión o indemnización– queda sustituida por la readmisión que, por aplicación del artículo 56.2 del mismo texto legal, comportará el abono de los salarios de tramitación. Pero, de la interpretación literal del artículo 96.2 del EBEP, se desprende que este solo opera en los despidos del personal laboral fijo declarados improcedentes como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave³⁶.

En definitiva, esta previsión no resulta aplicable al personal laboral temporal ni al personal laboral indefinido no fijo, sin que se pueda apreciar una vulneración del principio de igualdad, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 25 de julio de 2018 (asunto C-96/17), al declarar que:

La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, según la cual, cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador debe ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realicen las mismas tareas que el trabajador fijo pueden no ser readmitidos y recibir como contrapartida una indemnización.

De esta manera, se admite como razonable el argumento esgrimido por el Gobierno español en el sentido de que el mantenimiento en las funciones constituye un imperativo que deriva de la superación de una oposición, lo que justifica conceder más garantías al personal laboral fijo, como el derecho de permanencia en el puesto, que al personal laboral temporal o al indefinido no fijo. A mayor abundamiento, se aduce que «las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanen-

³⁶ STS de 4 de noviembre de 2010 (rec. 88/2010). En el mismo sentido, las SSTSJ de Andalucía de 16 de julio de 2008 (rec. 1585/2008), de Cataluña de 9 de marzo de 2009 (rec. 7006/2008), de Galicia de 13 de marzo de 2009 (rec. 72/2009), de Castilla y León de 14 de marzo de 2012 (rec. 2071/2010) y de Extremadura de 27 de marzo de 2018 (rec. 111/2018), 31 de mayo de 2018 (rec. 317/2018) y 5 de junio de 2018 (rec. 279/2018). En sentido contrario, Vivero (2010, pp. 1.189 y ss.).

cia y estabilidad en el empleo». Y estas consideraciones, que no tienen equivalente en el derecho laboral común, explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente. Por todo ello, se concluye que «es necesario considerar que la readmisión automática de los trabajadores fijos forma parte de un contexto muy diferente, desde un punto de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que se encuentran los trabajadores que no son fijos».

No obstante lo anterior, la STS de 25 de noviembre de 2013 (rec. 3292/2012) considera que el artículo 96.2 del EBEP, más favorable ya para el empleado laboral de la Administración pública que el régimen común del despido, no impide la aplicación de un precepto convencional que suponga:

[...] una mejora de su posición en el supuesto de despido improcedente, reconocida expresa y preferentemente la aplicación de la legislación laboral y las normas convencionalmente aplicables al personal laboral de las Administraciones públicas por el artículo 7 del propio EBEP.

Y, por ello, se acepta la posibilidad de que la autonomía colectiva atribuya el derecho de opción entre la readmisión o indemnización a los trabajadores sin distinción alguna entre fijos, indefinidos y temporales, y en todos los despidos improcedentes –no solo en los despidos disciplinarios improcedentes–.

6. Las causas específicas de extinción del contrato por tiempo indefinido no fijo de plantilla

Los trabajadores indefinidos no fijos podrán ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento reglado en el que se respeten los principios de publicidad, mérito y capacidad o sea amortizada por el cauce reglamentario que, como ha señalado la reciente doctrina jurisprudencial, necesita completar las exigencias formales y materiales establecidas para los despidos objetivos o colectivos³⁷. Por otra parte, como la condición de indefinidos no fijos se adquiere en virtud de sentencia, la extinción de los contratos puede ser concebida por los trabajadores afectados como una «represalia» por haber reclamado y obtenido una sentencia favorable que reconoce la situación de contratación temporal irregular o fraudulenta o de cesión ilegal de la que han sido objeto.

³⁷ Y, en fin, incorporado el trabajador a la Administración como indefinido no fijo, en ejecución de sentencia firme que declaró que había sido objeto de cesión ilegal, los actos posteriores de la empleadora como una nueva RPT no pueden impugnarse pidiendo la ejecución de la antigua sentencia, sino en un nuevo proceso ordinario –STS de 3 de diciembre de 2014 (rec. 144/2014)–.

6.1. La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo como consecuencia del resultado de un proceso selectivo basado en los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad

Aun existiendo contratación temporal ilegal o fraudulenta o cesión ilegal, concurre la causa legal de extinción prevista en el artículo 49.1 b) del ET cuando la plaza ocupada por el trabajador es cubierta por otra persona tras un proceso de selección que respete los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el que los trabajadores indefinidos hayan tenido la oportunidad de participar. En cambio, el cese de un trabajador indefinido no fijo, fundado en la ocupación de la plaza de funcionario a la que indebidamente estaba adscrito, a pesar de tener derecho a ocupar una plaza de personal laboral reservada para el proceso extraordinario de consolidación de empleo previsto en el convenio colectivo, es constitutivo de un despido improcedente³⁸.

La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo se produce mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los artículos 51 y 52 del ET, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de amortización de la plaza vacante ocupada, en cuyo caso sí es exigible acudir a la extinción de los contratos por despido colectivo u objetivo en función de que se superen o no los umbrales que delimitan el despido colectivo³⁹. Por lo demás, en cuanto al cómputo de la extinción contractual de este tipo al efecto de considerar el despido como colectivo, debería darse la misma solución que prevé el penúltimo párrafo del artículo 51.1 del ET (Desdentado, 2018, p. 22).

La extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo, como consecuencia del resultado de un proceso selectivo basado en los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, otorga al trabajador el derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año de servicio prevista para las extinciones por causas objetivas. En este sentido, la STS de 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015) afirma que:

[...] la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales –en este caso, el régimen extintivo– obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza [...] [y que] acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indem-

³⁸ SSTS de 13 de diciembre de 2016 (rec. 2059/2015), 20 de julio de 2017 (rec. 2832/2015) y 25 de enero de 2018 (rec. 3917/2015).

³⁹ STSJ de Andalucía de 14 de mayo de 2015 (rec. 519/2015); y Gorelli (2015, p. 27).

nización de 20 días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1 b) del ET en relación con los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 del ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato⁴⁰.

Llegados a este punto, la sentencia se centra en el tipo contractual y en la descalificación del carácter temporal del contrato, lo que obviamente descarta también la indemnización del artículo 49.1 c) del ET. Pero hay algo más, pues se dice que, «dadas las causas que han motivado la creación de esta institución» –un abuso del empleador público en la contratación temporal de origen–, «parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales». Es un argumento adicional de equidad que fuerza quizá la legalidad para «penalizar» de nuevo a la Administración cuando esta ya fue penalizada en su momento con la transformación de la contratación temporal irregular en un contrato indefinido no fijo.

6.2. La extinción por amortización de las plazas vacantes

El contrato no se extingue por la simple amortización de la vacante ocupada por el trabajador indefinido no fijo, para lo cual cabe acudir al procedimiento del despido colectivo (art. 51 ET) u objetivo (art. 53 ET), según el número de trabajadores afectados, y abonar la indemnización establecida en esos preceptos⁴¹. De este modo, la amortización de los

⁴⁰ En el mismo sentido, las SSTs de 9 de mayo de 2017 (rec. 1806/2015), 12 de mayo de 2017 (rec. 1717/2015), 19 de julio de 2017 (rec. 4041/2015) y 22 de febrero de 2018 (rec. 68/2016); y la STSJ de Andalucía de 5 de abril de 2018 (rec. 2408/2017).

⁴¹ Por todas, las SSTs de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), 7 de julio de 2014 (recs. 1844/2013 y 2285/2013), 8 de julio de 2014 (rec. 2693/2013), 14 de julio de 2014 (recs. 1847/2013, 2680/2013, 2052/2013 y 2057/2013), 15 de julio de 2014 (recs. 2065/2013, 1833/2013, 2047/2013 y 1801/2013), 17 de julio de 2014 (rec. 1873/2013), 16 de septiembre de 2014 (rec. 1880/2013), 13 de octubre de 2014 (rec. 2745/2013), 29 de octubre de 2014 (rec. 1765/2013), 18 de noviembre de 2014 (rec. 2167/2013), 11 de febrero de 2015 (rec. 840/2014), 5 de abril de 2016 (rec. 1874/2014), 30 de marzo de 2017 (rec. 961/2015), 15 de noviembre de 2017 (rec. 440/2015) y 14 de febrero de 2018 (rec. 513/2015). En este sentido, se puede traer a colación la STS de 20 de junio de 2017 (rec. 253/2015), que declara ajustado a derecho el despido colectivo en la Universidad Politécnica de Madrid por concurrir causas organizativas dada la nueva RPT que supuso la amortización de 156 vacantes, ocupadas por interinos, debido al déficit presupuestario existente, siendo la modificación de la RPT validada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

puestos de trabajo, operando para ello sobre la correspondiente RPT, no conlleva la extinción automática de los contratos indefinidos no fijos que debe realizarse conforme al procedimiento establecido para el despido por causas objetivas o, en su caso, el despido colectivo⁴². Además, la extinción de los contratos de este tipo por la amortización de la plaza ocupada es computable al efecto de considerar el despido como colectivo, conforme al penúltimo párrafo del citado artículo 51.1 del ET, que excluye del cómputo las extinciones de los contratos temporales que se produzcan por la expiración del tiempo convenido con arreglo al artículo 49.1 c) del ET⁴³.

Si la Administración pública o entidad de que se trate amortiza la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo sin seguir el cauce reglamentario, estaremos ante un despido objetivo individual o colectivo que habrá de calificarse como improcedente⁴⁴ o nulo⁴⁵, respectivamente. De encontrarnos ante un despido objetivo improcedente, el trabajador no podrá pretender que se le aplique el artículo 96.2 del EBEP, a cuyo tenor «procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave». Esta previsión no resulta aplicable porque no estamos ante el supuesto contemplado en el precepto, esto es, un despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave⁴⁶. A mayor abundamiento, el trabajador tampoco es personal laboral fijo, sin que pueda prosperar sobre este particular la vulneración del principio de igualdad, como ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de noviembre de 2010 (rec. 88/2010).

6.3. La garantía de indemnidad de los trabajadores indefinidos no fijos

La necesidad de que la condición de indefinido no fijo derive de una resolución judicial plantea una última cuestión, a saber: la posible vulneración de la garantía de indemnidad de los trabajadores indefinidos no fijos, ya que estos pueden entender que, de no haber enablado las reclamaciones judiciales, no se habrían visto inmersos en el proceso extintivo.

⁴² SSTS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013) y 14 de julio de 2014 (rec. 1807/2013).

⁴³ STS de 14 de julio de 2014 (rec. 1807/2013).

⁴⁴ SSTS de 2 de diciembre de 2014 (rec. 2371/2013), 18 de diciembre de 2014 (rec. 1790/2013) y 19 de julio de 2017 (rec. 3255/2015).

⁴⁵ SSTS de 14 de julio de 2014 (rec. 2057/2013), 15 de julio de 2014 (rec. 2041/2013) y 18 de septiembre de 2017 (rec. 514/2015).

⁴⁶ SSTSJ de Canarias de 26 de febrero de 2010 (rec. 1060/2009) y de Galicia de 27 de marzo de 2014 (rec. 4003/2013). Por su parte, la STSJ de Andalucía de 25 de octubre de 2012 (rec. 1262/2012) señala que el derecho de opción corresponde a la trabajadora según establece el convenio colectivo en supuestos de despido improcedente.

A la hora de examinar si el cese de los trabajadores constituye una represalia por haber reclamado y obtenido en su día una sentencia en la que se declaraba que habían sido sometidos a una situación de contratación temporal irregular o fraudulenta o al tráfico de mano de obra prohibido por el artículo 43 del ET, hay que distinguir dos supuestos distintos según la extinción contractual derive del proceso ordinario de cobertura de las plazas ocupadas por los trabajadores (a) o de la amortización de las mismas (b).

- a) La declaración judicial del carácter indefinido no fijo de la relación laboral existente entre las partes contratantes obliga a la Administración pública a poner en marcha un proceso selectivo ordinario, articulado en torno a los principios de igualdad, mérito y capacidad, para la provisión regular de las plazas ocupadas por los trabajadores y, una vez producida esa provisión en la forma legalmente procedente, a extinguir el contrato de aquellos trabajadores indefinidos no fijos que no hayan superado el proceso de selección. Por ello, no cabe apreciar la existencia de una lesión del derecho de tutela judicial efectiva en la decisión extintiva derivada del proceso ordinario de cobertura⁴⁷.

En cambio, el trabajador indefinido no fijo tiene derecho a ocupar la plaza de personal laboral reservada y a ser adscrito a una plaza de tales características, por lo que su adscripción a una plaza funcionarial inaccesible para quien ha obtenido la condición de indefinido no fijo no puede entenderse sino como incumplimiento del derecho derivado de esta situación, lo que hace que exista un despido, y si dicha adscripción se produce con posterioridad a haberse reconocido la condición de indefinido no fijo, es claro que su cese ha podido producirse como represalia frente a una actuación o actuaciones encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. En tales circunstancias, corresponde a la Administración pública acreditar que el cese fue ajeno a todo propósito de represalia o de lesión de un derecho fundamental, y esa prueba desvirtuadora de tales indicios es ciertamente difícil, por cuanto no es lícito desconocer la existencia de un litigio pendiente sobre el reconocimiento del actor a ocupar una plaza de personal laboral, adscribiéndolo a una plaza de funcionario inaccesible para quien ha obtenido la condición de indefinido para extinguir una relación laboral declarada indefinida en virtud de sentencia firme⁴⁸.

- b) En la extinción de los contratos indefinidos no fijos por la amortización de las plazas vacantes ocupadas por estos, no se aprecia ninguna vulneración de la tutela judicial efectiva ni tampoco de la garantía de indemnidad cuando existe una desconexión temporal entre el cese y las reclamaciones formuladas, la amortización se realiza a través de los órganos competentes y ajustándose al procedimiento preestablecido en el ordenamiento jurídico administrativo, la Administración pú-

⁴⁷ STSJ de Andalucía de 14 de mayo de 2015 (rec. 519/2015).

⁴⁸ SSTs de 13 de diciembre de 2016 (rec. 2059/2015) y 20 de julio de 2017 (rec. 2832/2015).

blica proporciona cumplida prueba de que el cese de los trabajadores ha tenido causa objetiva, razonable y ajena a toda intención de vulnerar el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, por ejemplo, por afectar a otros trabajadores como consecuencia de un proceso de reorganización o de ajuste económico derivado de una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes, y la extinción contractual se realiza conforme al procedimiento legalmente establecido en el ET⁴⁹.

7. Conclusiones

No existe un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, lo que sitúa a los trabajadores indefinidos no fijos en una situación de inseguridad jurídica al albur del criterio cambiante de los tribunales. Por ello, y ante la elevada frecuencia con que en los últimos tiempos las Administraciones públicas están recurriendo a la figura del indefinido no fijo, es necesario que en breve el legislador regule la figura de los trabajadores indefinidos no fijos, aclarando cuáles son las circunstancias determinantes del reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo, sus condiciones de trabajo, las causas específicas de extinción de este tipo contractual, así como sus consecuencias, y eludiendo, en todo caso, el mal uso de la norma presupuestaria para regular contenidos sustanciales de las relaciones laborales o del empleo público.

En este sentido, se pueden formular las siguientes propuestas *de lege ferenda* en orden a la regulación legal de los trabajadores indefinidos no fijos:

- La figura del indefinido no fijo solo resulta adecuada cuando se produce una gestión irregular en la contratación temporal o en las contrataciones administrativas, encomiendas de gestión o convenios de coordinación, o se supera el límite al encadenamiento de los contratos temporales con un mismo trabajador previsto en la normativa laboral. Además, los meros incumplimientos o infracciones formales en la contratación temporal de la Administración no deben comportar la calificación del vínculo laboral afectado como indefinido no fijo, sanción que debe reservarse para los incumplimientos especialmente cualificados (fraude de ley o irregularidades sustanciales).
- La figura del trabajador indefinido no fijo, en realidad, es una solución de equilibrio en la que las dos normas en conflicto se atemperan: no hay una nulidad completa del contrato de trabajo que sigue vigente, transformado en un vínculo

⁴⁹ STS de 13 de julio de 2015 (rec. 2405/2014); y SSTSJ de Galicia de 23 de junio de 2014 (rec. 1078/2014), de Murcia de 30 de septiembre de 2015 (rec. 430/2015), del País Vasco de 27 de abril de 2017 (rec. 730/2017) y de Andalucía de 27 de julio de 2017 (rec. 459/2017).

temporal en función de la cobertura reglamentaria de la vacante, pero también se excluye el efecto laboral ordinario, esto es, la conversión en indefinido del contrato temporal irregular (Desdentado, 2018, pp. 25 y ss.). El concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en el derecho español, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo, es una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada⁵⁰. Sin embargo, el indefinido no fijo no está cumpliendo la función para la que fue ideado, que era contribuir a preservar, desde el ámbito laboral, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y, por ende, los principios de imparcialidad y eficacia en la gestión de las Administraciones públicas (Desdentado, 2018, pp. 37 y ss.; Selma, 2017, pp. 57 y ss.). En efecto, el sistema quiebra desde el momento en que las Administraciones públicas no proceden en un tiempo razonable a proveer las plazas y los afectados tampoco reaccionan frente a esta situación para evitar la competencia en un sistema abierto de ingreso, a la espera de lograr una vía de entrada menos problemática a través de las consolidaciones. De este modo, los contratos tienden a prolongarse y el indefinido no fijo se convierte en «casi fijo».

- Por ello, solo con una intervención legal que, tras la declaración judicial de trabajador indefinido no fijo, obligase a la Administración pública a incluir el puesto en la RPT, dotarlo, ofertarlo y poner en marcha el procedimiento ordinario de selección dentro de un plazo perentorio, podría llegarse a solventar esta situación⁵¹.
- Además, y con objeto de evitar toda discriminación inversa en perjuicio de los opositores libres y de quienes hubieran sido contratados por tiempo indefinido o determinado tras aprobar una oposición, un concurso-oposición o un concurso de méritos, por lo menos se debería aplicar un coeficiente reductor a la hora de tomar los servicios prestados sin haber superado un proceso previo de selección que respete los principios básicos de igualdad y publicidad.
- Para atajar este problema de cara al futuro, es necesario también, como pusiera de manifiesto el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, hacer hincapié en la responsabilidad de las autoridades o funcionarios a los que se atribuya la contratación temporal irregular o fraudulenta, la cesión ilegal de mano de obra o la prolongación irregular de la situación de los trabajadores indefinidos no fijos. Por ello, se debería establecer legalmente la exigencia de informe previo del titular del órgano que tenga a su cargo el asesoramiento legal de la Administración, organismo o departamento en

⁵⁰ STJCE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15).

⁵¹ Cfr. Cordero (2003, p. 6).

el que presta sus servicios el trabajador sobre la irregularidad de la prórroga expresa o implícita del contrato o la obligación de poner en marcha el proceso de cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo; informe que debería emitir de oficio, bajo su responsabilidad, con la antelación necesaria para adoptar la decisión que corresponda según la legislación aplicable. Y, una vez emitido dicho informe, el titular del órgano de contratación asumiría la responsabilidad personal de naturaleza disciplinaria, patrimonial o, en su caso, penal, que le correspondiera según la legislación vigente por la prolongación irregular de la relación laboral.

Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, C. L. (2010). Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 107, 87-122.
- Boltaina Bosch, X. (2014). La gestión de los recursos humanos en una época de crisis: el personal de nuevo ingreso, la interinidad y la temporalidad. Los procesos de funcionarización del personal laboral. En F. A. Castillo Blanco (Coord.), *La reforma del sector público* (pp. 181-224). Sevilla: Instituto García Oviedo.
- Boltaina Bosch, X. (2019). Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la Administración pública. Empleos «no públicos». *La Administración Práctica*, 1-10.
- Castillo Blanco, F. A. (2017). *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*. Barcelona: Estudios de Relaciones Laborales.
- Cavas Martínez, F. (2018). *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*. Murcia: Ediciones Laborum.
- Cordero Saavedra, L. (2003). El fraude de ley en la contratación por las Administraciones públicas y sus consecuencias jurídicas. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 3.
- Desdentado Bonete, A. (2018). Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? *Revista de Información Laboral*, 10, 17-45.
- Fernández Avilés, J. A. (2017). [Aspectos laborales de la reversión de servicios públicos](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 407, 5-13.
- Fernández Fernández, R. (2008). *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Fernández Ramos, S. (2017). Acceso al empleo público: igualdad e integridad. *Revista General de Derecho Administrativo*, 46-103.
- González-Varas Ibáñez, S. (2012). Empleados públicos. Clases de personal al servicio de las Administraciones públicas. Algunos problemas. En *Estudios y comentarios legislativos. Tratado de derecho administrativo. Tomo I*. Pamplona: Aranzadi.
- Gorelli Hernández, J. (2015). La extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo: el

- difícil equilibrio entre los intereses laborales y de derecho público. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 10, 19-39.
- López Cumbre, L. (2017). Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público. *Revista Galega de Dereito Social*, 3, 101-147.
- Mauri i Majós, J. (2017). Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal. *Cuadernos de Derecho Local*, 43, 79-123.
- Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A. (2017). La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: derecho europeo y sucesión de empresa (el caso Piscarreta Ricardo). *La Ley Unión Europea*, 53.
- Nores Torres, L. E. (2016). La reversión de contrataciones en el sector público y sus principales implicaciones laborales. *Revista de Jurisprudencia (Lefebvre-El Derecho)*, 2.
- Ortega Bernardo, J. y De Sande Pérez-Bedmar, M. (2015). El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales. *Anuario de Derecho Municipal*, 9, 63-96.
- Puebla Pinilla, A. de la. (2016). Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 17, 112-122.
- Roqueta Buj, R. (2018). *El empresario público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de contratos del sector público*. Pamplona: Aranzadi.
- Sala Franco, T. y Altés Tárrega, J. A. (2008). La contratación de personal laboral en la Administración local. *Revista de Estudios Locales*, 112, 39-143.
- Sande Pérez-Bedmar, M. de. (2016). La prestación de servicios públicos por las Administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas. *Documentación Laboral*, 106, 97-118.
- Selma Penalva, A. (2017). Indefinido no fijo. Últimos pronunciamientos a la luz del caso Diego Porras. *Revista de Información Laboral*, 7, 53-68.
- Vivero Serrano, J. B. (2010). Extinción del contrato de trabajo. En A. V. Sempere Navarro y M. Cardenal Carro (Dirs.), *El personal laboral al servicio de las corporaciones locales* (pp. 1.093-1.218). Madrid: La Ley.

