

## EL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO Y EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Por

MARIANO TREVIÑO PASCUAL  
Profesor Ayudante Doctor  
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Zaragoza

[trevi@unizar.es](mailto:trevi@unizar.es)

*Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 52 (2019)*

**RESUMEN:** La Directiva 1999/70/CE no obliga a los Estados miembros a adoptar sanciones cuando se haya celebrado un primer o único contrato de trabajo de duración determinada que cubre, en realidad, necesidades permanentes y duraderas del empleador, si bien no prohíbe que el artículo 15.3 ET prescriba que "se entenderán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley", de manera que un contrato de duración determinada celebrado incumpliendo las condiciones legales tiene esa consecuencia tanto para la Administración Pública como para la empresa privada. Pero, persisten dudas sobre los despidos acordados por una Administración pública, en relación con la selección del personal laboral fijo y temporal o indefinidos no fijos de plantilla por el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad que no justifica una distinta protección: al primero mediante la estabilidad real (artículo 96.2 EBEP), mientras que los segundos deba conformarse con la estabilidad relativa (artículo 56 ET).

**PALABRAS CLAVE:** Igualdad de acceso al empleo público; estabilidad en el empleo; trabajadores fijos; trabajadores interinos e indefinidos no fijos.

**SUMARIO:** I. Introducción.- II. El punto de partida: la STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y Otros y organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnisy Otros, C-378/07 a C-380/07.- III. Principios que informan el régimen jurídico del personal laboral de las administraciones públicas.- IV. Trabajador fijo, trabajador indefinido no fijo, trabajador interino por vacante: las contradicciones de la contratación laboral.- V. Medidas adoptadas para la reparación o tutela por extinción del trabajador indefinido no fijo en las administraciones públicas.- VI. Conclusiones.

### THE INDEFINITE NON-PERMANENT STAFF AND RIGHT TO WORK

**ABSTRACT:** Directive 1999/70/EC does not oblige Member States to adopt sanctions when a first or only fixed-term employment contract has been concluded which covers, in reality, permanent and long-term needs of the employer, while it does not prohibit Article 15.3 ET from prescribing that "Temporary contracts concluded in fraud of law will be understood for an indefinite period", so that a fixed-term contract entered into in breach of legal conditions has that consequence for both the Public Administration and the private company. But doubts persist about the dismissals agreed by a public administration, in relation to the selection of fixed and temporary workforce or indefinite non-permanent staff for the respect of the principles of equality, merit and ability that does not justify a different protection: the first through real stability (article 96.2 EBEP), while the seconds must comply with the relative stability (article 56 ET).

**KEYWORDS:** Equal access to public employment; Right to work; permanent workers; substitute and indefinite non-permanent workers.

SUMMARY: I. Introduction.- II. The point of departure: the STJUE of 27/04/2009, accumulated matters Kiriacki Angelidaki and Others and Organisms Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnísy Others, C-378/07 to C-380/07.- III. Principles that underlie the legal regime of the labor staff of the public administrations.- IV. Permanent worker, indefinite non-permanent worker, substitute worker: contradictions of labor contracting.- V. Measures adopted for repair or guardianship for extinction of the indefinite non-permanent worker in the public administrations.- VI. Conclusions.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Admitir que el derecho es mucho más que el derecho del Estado y que, consiguientemente, la jurisprudencia se ha transformado tanto en una fuente inmediata del derecho, como en la fuente decisiva de definición de lo que es derecho, supone que el derecho no se define más por su *pedigree* estatalista, sino por el hecho de que es o no reconocido por los tribunales, verifica el ocaso del viejo catálogo estatalista de las fuentes de derecho, en el que la ley figuraba como la única fuente directa e inmediata, sustituida por otro en que aparecen nuevas formas de manifestación de derecho -el derecho supranacional, una nueva versión de la *lex mercatoria*, ahora identificada con las normas que presiden el mundo globalizado de los negocios, y otras formas de autorregulación. En este contexto, la definición de lo que es derecho ya no es una tarea del legislador -en particular, del legislador constitucional- y pasa a los responsables de los casos concretos -los tribunales<sup>2</sup>.

Muchos consideran normal que, habiendo constituciones y leyes, las medidas políticas las tienen que respetar, sobre todo en áreas clásicas de vigencia del principio de legalidad, como son el derecho presupuestario y fiscal y de función pública. Otros, en cambio, consideran ajeno o extraño que sea un tribunal quien decida sobre opciones de políticas económicas, que tienen consecuencias en el ámbito del empleo público. Para algunos, corresponde al legislador democrático, legitimado por el voto popular, evaluar la corrección y oportunidad de las medidas de política, sobre todo en los momentos críticos, tales como los de grave o severa crisis económica o financiera. O, más radicalmente, no ven porque una cuestión de política económica y financiera se pone en

---

<sup>1</sup> La STJUE 21 de noviembre 2018 (C-619/17), “de Diego Porras II”, no cambiaría en nada la argumentación y posiciones mantenidas en este artículo, pues confirma la doctrina “Montero Mateos” y “Grupo Norte Facility” ampliamente reseñadas y en la medida en que, como es habitual por parte del TJUE, con ambigüedad señala que la necesidad de abonar una indemnización por finalización de un contrato temporal no constituye por sí sola una medida suficiente para evitar el abuso en la contratación temporal; refuerza, por sí no fuera consistente, la posición del autor, de tomar en consideración la teoría jurisprudencial de la unidad esencial del vínculo contractual y toda la doctrina judicial clásica de nuestro TS sobre el fraude de ley en la contratación laboral temporal que podría adquirir una destacada relevancia en su valoración.

<sup>2</sup> Hespanha, Antonio Manuel, “Rumos do constitucionalismo no séc. XXI: Constitucionalismo, pluralismo e neoliberalismo”, *BOLETIN DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS LVII / II*, Universidad de Coimbra, 2014, p.1602.

términos de derecho. En tiempos de crisis, que se define como tal por el ejecutivo, el derecho tendría que ceder ante las leyes de la economía y ante la suprema necesidad. Las necesidades políticas cancelarían los derechos establecidos y eventuales formalidades para sobrepasarlos e incluso vulnerarlos<sup>3</sup>.

Y como muchas son las formas de definir cuáles son estas fuentes de derecho, la más realista y menos arbitraria es a partir del principio de que la identificación de las vías o formas de manifestación del derecho han de derivar de una observación empírica de que están efectivamente vigentes en el tejido social y en qué sentidos están vigentes. Quizá se tiene que exigir, en primer lugar, que la norma vigente lo sea como jurídica. Es decir, que los destinatarios la entienden como una norma reconocida por instancias a quienes la comunidad reconoce el poder de decir el derecho (instancias jurisdiccionales: *iurisdictio*, jurisdicción), es decir, de establecer normas obligatorias en el plano externo, que puedan ser impuestas coercitivamente<sup>4</sup>.

En una perspectiva estatalista, se acostumbraba a hacer una distinción, que es muy relevante, en cuanto a la cuestión de saber si el Derecho comunitario era, o no, fuente directa del derecho de los Estados miembros: es la distinción entre Derecho comunitario originario que aparece en los tratados que crearon la Comunidad Europea o la desarrollaron y el derecho comunitario derivado, es decir, producidos por los órganos de la Comunidad/Unión después de su institucionalización. Porque si el primero tenía efectos internos en la medida en que lo tienen los tratados firmados por los Estados, el segundo sólo la tiene si ella estuviese prevista en los sucesivos tratados que regularán la construcción de Europa<sup>5</sup>.

Una de las formas que adopta el derecho derivado son las directivas tipificadas en el actual artículo 288 del TFUE, en los mismos términos en que lo fueron ya por parte del artículo 189 del TCEE (249 del TCE tras el Tratado de Ámsterdam de 1997), desde su origen en 1957: “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

Hacer hincapié en su naturaleza de normas de resultado que, como dice expresamente el Tratado, deben dejar a los Estados miembros *la elección de la forma y de los medios* para alcanzarlo. Regular e imponen, pues, un resultado normativo a garantizar, pero han de hacerlo limitándose a determinar lo que se considere necesario para el objetivo o finalidad que marque el Tratado al habilitar la competencia de que se

---

<sup>3</sup> Hespanha, Antonio Manuel, “Rumos do constitucionalismo no séc. XXI:...”, op., cit., p.1607.

<sup>4</sup> Hespanha, Antonio Manuel, *Pluralismo Jurídico e Directo Democrático. Prospectivas do Directo no Século XXI*, Lisboa, otoño, 2016, pp.79-80

<sup>5</sup> *Ibidem.*, p.87.

trate, sin descender a más detalles y sin pretender uniformar los ordenamientos estatales más allá de lo requerido estrictamente por dicha finalidad, siempre bajo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (artículo 5 TUE). Ha de ser posible que cada Estado garantice el resultado normativo finalista integrándolo en su ordenamiento interno del modo más pertinente y sin alterarlo en lo que no resulte imprescindible<sup>6</sup>.

Más debido a los contextos políticos que a los argumentos teóricos, el derecho comunitario de origen judicial ha sido reconocido regularmente como fuente de derecho por los tribunales nacionales. Ahora el Tratado de Lisboa 2007, introduce aquí algunas novedades relevantes. Desde los primeros artículos, existe la garantía de respeto a las estructuras constitucionales de cada Estado miembro. En el siguiente artículo, se formulan los principios constructivos fundamentales de las relaciones - también en el plano del derecho- entre la Unión y los estados miembros, haciendo hincapié en: (a) que la Unión sólo tiene los poderes o competencias que le asigna el Tratado (*principio de atribución*), lo que excluye la consecución de los objetivos que constan en los tratados fuera de las materia de competencias de la Unión; de manera toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros, ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad*; (b) que la intervención de la Unión solo tendrá lugar cuando los estados miembros no sean capaces de realizar las políticas de la Unión suficientemente, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva (*principio de subsidiariedad*); (c) que el equilibrio entre el objetivo de llevar a cabo las políticas de la Unión y el respeto de la "identidad nacional" de los Estados y el principio de subsidiariedad de la Unión deben cumplir con el *principio de ponderación o proporcionalidad*, no debiendo el "contenido y la forma de acción de la Unión ... exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados", y (d) que "los parlamentos nacionales velan por la observancia de este principio ..."<sup>7</sup>.

Existen ámbitos de competencias exclusivas de la Unión Europea y ámbitos de competencias compartidas. La política social, al igual que la libre circulación de trabajadores ligada al mercado interior (aunque también a la libre circulación de personas y a la ciudadanía de la Unión Europea), son ámbitos de competencia compartida. En materia de política económica y de empleo se instaura el llamado método abierto de coordinación. Finalmente, en determinados ámbitos y en las condiciones establecidas en los Tratados, la Unión dispone de competencia para llevar a cabo

---

<sup>6</sup>Martínez López-Muñiz, José Luis, "Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (Análisis particular en materia de contratación pública), *RAP*, 202, 2017, p.17.

<sup>7</sup> Hesperha, Antonio Manuel, *Pluralismo Jurídico e...*, op. cit., p.90.

acciones con el fin de “apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos”.

En el ámbito de la política social y tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y conforme al art. 139.2 TCE, actual art. 155.2 TFUE, se aprobó la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEET sobre el trabajo de duración determinada, con un fin armonizador -que no unificador-, que obliga a los Estados miembros “en cuanto al resultado” a obtener en materia de igualdad de condiciones de trabajo entre empleados temporales e indefinidos, corregida la interpretación y aplicación más estricta de los Tribunales nacionales por las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016, 5 de junio de 2018 y 25 de julio de 2018 para evitar el entorpecimiento a los principios de libre circulación y de libre concurrencia que resultaría de condiciones de trabajo en grado sumo dispares, por el evidente peligro de dispersión y de falta de uniformidad en su interpretación y aplicación por los jueces y tribunales nacionales quienes en último término están llamados a interpretarlo y aplicarlo; mediante el mecanismo de las cuestiones prejudiciales, que permite al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas “asegurar en todas las circunstancias (...) el mismo efecto (del Derecho comunitario) en todos los Estados miembros de la Comunidad”<sup>8</sup>, incluido el derecho judicial producido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual desde hace mucho tiempo, ha venido construyendo una doctrina según la cual sus decisiones tienen efecto directo en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, incluso cuando contradice la ley o incluso las constituciones estatales.

## **II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA STJUE DE 27/04/2009, ASUNTOS ACUMULADOS KIRIACKI ANGELIDAKI Y OTROS Y ORGANISMOS NOMARCHIAKIS AUTODIOIKISIS RETHYMNISY OTROS, C-378/07 A C-380/07**

A menos que “... , el Acuerdo marco se remita a este respecto a los Estados miembros, ... , éste tiene por objeto establecer, a nivel comunitario, un marco general para la utilización de los contratos de trabajo de duración determinada. De manera que, en el caso de que exista en el Derecho nacional (el artículo 15.3 ET y su jurisprudencia), una “medida legal equivalente” en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención

---

<sup>8</sup> STJCE de 16 enero de 1974, caso Rheinmühlen. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene declarando con reiteración que los órganos jurisdiccionales están obligados, con arreglo al artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 267 del TFUE) a deducir las consecuencias de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, matizando que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de las sentencias sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno (Sentencias de 14/12/1982, asunto Waterkeyn, y de 05-03-1996, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93).

y evitación abusos en la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo". Si bien, "el margen de maniobra de que siguen disponiendo los Estados miembros no es ilimitado, ya que, en particular, no puede llegar en ningún caso hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco". Por lo que, cabe preguntarse "si debe interpretarse la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco en el sentido de que se opone a que las autoridades de un Estado miembro apliquen una normativa nacional, de manera que la celebración de contratos de trabajo de duración determinada en el sector público, independientemente de que se trate de un primer o único contrato o de contratos sucesivos, se considere justificada por 'razones objetivas' ... por el mero hecho de que estos contratos se basen en disposiciones legales que permiten celebrarlos o renovarlos para atender determinadas necesidades temporales, aunque, en realidad, dichas necesidades sean 'permanentes y duradera'" (Apdos. 72, 79, 83 y 88 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakís Autodioikís Rethymnis y otros, C-378/07 a C-380/07).

En este contexto, "no corresponde al Tribunal de Justicia, pronunciarse sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni apreciar si es correcta la interpretación que el órgano jurisdiccional efectúa de éstas. En efecto, incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales, tener en cuenta el contexto fáctico y normativo en el que se insertan las cuestiones prejudiciales, tal como lo define la resolución de remisión" (Apdo. 48 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakís Autodioikís Rethymnis y otros, C-378/07 a C-380/07).

Ahora bien, lo que sí cabe preguntarse es si la adaptación a la Directiva 1999/70 mediante el art. 15.5 y la DA 15ª ET constituye una "reducción" en el sentido de la cláusula 8, apartado 3, del Acuerdo marco, en relación con la protección que confiere el art. 15.3 ET, "al excluir de su ámbito de aplicación a los trabajadores que hayan celebrado un primer o único contrato de trabajo de duración determinada y no permitir la transformación, en el sector público, de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido o someter dicha transformación a requisitos restrictivos". A este respecto procede además señalar que, en "la sentencia Mangold, el Tribunal de Justicia, declara, "que la interpretación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco carecía manifiestamente de relevancia para dirimir la cuestión puesto que se refería a un primer y único contrato de trabajo de duración determinada" (Apdos. 49 y 56 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakís Autodioikís Rethymnis y otros, C-378/07 a C-380/07).

Sin embargo, mediante dicha pregunta se debe aclarar si los requisitos, que dieron lugar a la exclusión de dichos contratos del régimen establecido mediante el art. 15.5 y la DA 15ª ET, “constituyen una ‘reducción’ en el sentido de la cláusula 8, apartado 3, del Acuerdo marco, de manera que se pueda deducir de lo dispuesto en dicho Acuerdo marco el derecho a que se transformaran sus contratos en contratos por tiempo indefinido, tal como establecía” (Apdo. 61 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakís Autodioikís Rethymnísy otros, C-378/07 a C-380/07), en nuestra opinión, una “medida legal equivalente”, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de este Acuerdo, en concreto, el art. 15, apartado 3 ET y su jurisprudencia.

Que tal aplicación del Derecho nacional podría privar al Tribunal Nacional de la facultad que le reconoce el art. 15, apartado 3 ET, de poder calificar de ‘medida legal equivalente’, la de transformar los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido. Pues, “según la jurisprudencia nacional, no es posible llevar a cabo tal transformación cuando la duración determinada está justificada por razones objetivas”. Y es que, “... el Acuerdo marco no obliga a los Estados miembros a adoptar una medida que exija que cualquier primer o único contrato de trabajo de duración determinada esté justificado por tales razones objetivas por no estar incluidos en el ámbito de aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, que únicamente se refiere a la prevención de los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, por lo que las razones objetivas contempladas en el apartado 1, letra a), de dicha cláusula sólo se refieren a la renovación de tales contratos o relaciones” (Apdos. 89 y 90 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakís Autodioikís Rethymnísy otros, C-378/07 a C-380/07).

En efecto, “las partes signatarias del Acuerdo marco estimaron que una utilización de los contratos de trabajo de duración determinada basada en razones objetivas constituye una forma de evitar abusos”. Sin embargo, “sería contrario al objetivo de dicha cláusula, de prevenir de forma eficaz los abusos derivados de la utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada, que constituyeran el fundamento de la renovación de tales contratos o relaciones laborales de duración determinada cuando las necesidades que pretenden atender no tengan, de hecho, carácter temporal, sino ‘permanente y duradero’”. Pues, “tal utilización de los contratos o relaciones laborales de duración determinada chocaría directamente con la premisa en la que se basa el Acuerdo marco, esto es, ..., que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de relación laboral, mientras que los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas

ocupaciones” (Apdos. 92, 103 y 104 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnísy otros, C-378/07 a C-380/07).

Por consiguiente, “el beneficio de la estabilidad en el empleo se concibe como un factor importante para la protección de los trabajadores, mientras que, ..., los contratos de trabajo de duración determinada sólo en ciertas circunstancias pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores” (Apdo. 105 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnísy otros, C-378/07 a C-380/07).

Con lo que la centralidad o tipicidad jurídica de la contratación laboral indefinida, como manifestación más importantes del principio estabilidad en el empleo, concretada en la preferencia normativa por la contratación laboral fija, esto es, no sometida a término final predeterminado o predeterminable, reaparece en la STJUE de 14/09/2016, en el asunto María Elena Pérez López y SMS (Comunidad de Madrid), C-16/15, que establece que “la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades” (Apdo. 48), y hay un argumento jurídico de peso para sostener dicha centralidad, que la contratación indefinida común (ordinaria) actúa como referencia, ejerce su vis atractiva, en todos los casos en que la contratación temporal no se acomoda al Ordenamiento jurídico vigente. La vis atractiva, no tiene prevista excepción o modalización alguna en el ámbito del sector público, a nivel normativo al menos, de manera que solo se considerará el Derecho laboral; pese a no ser aplicable la teoría del fraude de ley (aparentando respetar la literalidad de la ley-apariencia de licitud, eluden gravemente su finalidad) al vínculo funcional/administrativo, sí lo es la desviación de poder (que supone un ánimo predeterminado de utilizar las facultades de la Administración con fines distintos de los previstos por la ley), es decir que la actuación administrativa constituye “desviación de poder”, cuando refleja una disfunción manifiesta entre el fin objetivo (garantizar el mantenimiento de los servicios públicos) que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, desviación de poder que en el ámbito laboral comporta el fraude de ley.



Sin que se pueda dejarse de lado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su Art. 30. Protección en caso de despido injustificado, señala que: “Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”, que como ámbito de aplicación se reduce al sistema de la UE, en el sentido que su alcance está directamente vinculado o limitado al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión resultado de la atribución competencial, sus efectos jurídico se producen frente a la actuación de instituciones, órganos y organismos de la Unión y a la de los Estados “cuando aplican el Derecho de la Unión”. En este sentido, como ha dicho sin ambages el Tribunal en la sentencia Akerberg de 26/02/2013, “... no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta”. En efecto, el artículo 52 de la Carta ofrece tres reglas para la interpretación de las disposiciones de la Carta que no dejan lugar a dudas, pues reenvían a lo que establezcan los Tratados (el “resto” del derecho originario), el CEDH o las tradiciones constitucionales de los Estados miembros<sup>9</sup>.

En caso de conflicto entre el orden constitucional interno y el orden comunitario, “el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.” (SSTJUE de 26 de febrero de 2014, asunto Stefano Melloni, C-399/11, Apdo.60 y Akenberg Fransson, C-617/10, Apdo.29). Si bien en la cuestión relativa al art. 53 que está planteada desde la perspectiva del Derecho de la Unión, conviene no apresurarse con la misma y tener en cuenta todo lo antedicho, pese a que según este, “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo de los Derecho Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”<sup>10</sup>.

Y es que, en el código genético del control judicial de los despidos se encuentra el reconocimiento del derecho al trabajo en las constituciones europeas de la segunda

---

<sup>9</sup> Mangas Martín, Araceli y Liñán Noguerras, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, Novena Edición, Madrid, 2016, pp. 135,136 y 137.

<sup>10</sup> *Ibidem.*, pp.138 y 139.

posguerra mundial. Integrando su contenido esencial en su vertiente individual el derecho a no ser despedido si no existe justa causa<sup>11</sup>, la exigencia de causa no solo tiene fundamento constitucional en el art. 35.1 CE, sino también en los compromisos internacionales (Convenio 158 OIT, artículo 30 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), que imponen requisitos de fondo y forma. Al imponer la necesidad de la causa el Convenio 158 está llevando a la práctica lo que en el ámbito de la OIT se ha denominado “principio fundamental de la justificación”<sup>12</sup>. Por otra parte, la Carta Social Europea (revisada) en su Art. 24. Derecho a protección en caso de despido, señala que: Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer; a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”.

### **III. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Y dado que, la Administración Pública se dirige siempre a la consecución del fin integrado en el ordenamiento administrativo de garantizar la permanencia y esencialidad de los servicios públicos, está abocada al respeto de esos fines y a la satisfacción de los intereses de todos, dirección esta en la que no es libre, sino interferida constantemente por las decisiones del constituyente y del legislador y sujeta, en todo momento, al control de los Tribunales, debiendo respetar los derechos fundamentales de los que se encuentran dentro de ella; por lo que debe garantizar “...la imparcialidad *en el ejercicio de sus funciones*” por los empleados públicos, donde todo el mundo leyó: no hay mayor garantía de dicha imparcialidad que la inamovilidad en el puesto de trabajo, en definitiva, la inamovilidad -entendida como estabilidad/inamovilidad en el empleo [arts. 35.1, 103.3 CE y 14 a) EBEP]- tiene más que ver con la permanencia y esencialidad del servicio público en cuestión que con la imparcialidad, en el ejercicio de la función pública que -siendo el origen histórico de la inamovilidad de los funcionarios- debería hoy

---

<sup>11</sup> Baylos Grau, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Editorial Trotta, Madrid 2009, p.51.

<sup>12</sup> Aparicio Tovar, Joaquín, “Las causas de despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, p.147.

considerarse asegurada por las normas de un sistema democrático que garantiza los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los ciudadanos y, por ende, de los empleados públicos, sea cual sea la naturaleza jurídica de su relación de prestación de servicios<sup>13</sup>.

Consecuentemente, la expectativa a incorporarse a un puesto de trabajo no es solo el interés jurídicamente tutelado de los empleados públicos, sino también la continuidad y permanencia en él mediante el principio de inamovilidad/estabilidad en el empleo. Y que puede ser definido como aquel en virtud del cual mantienen indefinidamente el vínculo jurídico que les une a la Administración, sin poder ser libremente separados por esta, así pues, la inamovilidad presenta la cara, de la estabilidad en el empleo. Por tanto, la protección no se ciñe exclusivamente a la regulación de la extinción, sino que alcanza a instituciones como el fraude de ley o la desviación de poder en la contratación temporal, pues del/a mismo/a puede derivar un riesgo para la continuidad de la relación de servicios.

De antiguo, normas, decisiones judiciales y doctrinas de los autores mostraron la preferencia de nuestro derecho por el contrato por tiempo indefinido, hasta el punto que pudo decirse del mismo que era la regla general. Así surgió el principio denominado estabilidad en el empleo, relegándose a un segundo plano en cuanto a la duración la sumisión a lo pactado, si el pacto contradecía la duración real del trabajo<sup>14</sup>. De ahí, la aparente presunción que abría el artículo 15.1 ET: “el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido”. Lo que suponía una manifestación a favor por el contrato por tiempo indefinido, manifestación a favor por los contratos por tiempo indefinido que desaparece a partir de la reforma de 1994.

Con semejantes premisas de partida, y *a priori* sería de aplicación a los entes públicos el art. 15.3 ET y la presunción de indefinidos de aquellos vínculos de duración determinada celebrados en fraude de ley, tras la pérdida del carácter temporal del trabajo y su conversión en permanente, bien por finalización del contrato temporal o bien porque dejó de serlo porque nunca lo fue, por realizar siempre labores permanentes, normales y constantes de la Administración Pública y quedar desnaturalizada la relación temporal. Hay que recordar que rige el principio de que las necesidades permanentes -a la actividad normal, habitual y continuada- han de proveerse con personal fijo, esto es, con trabajadores contratados por tiempo indefinido, regla aplicable incluso si el trabajo

---

<sup>13</sup> Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, “Los despidos objetivos en el sector público. El caso particular de los trabajadores indefinidos no fijos”. En *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Coord.: Rojo Torrecilla, Eduardo, Editorial Huygens, Barcelona, 2015, p.116.

<sup>14</sup> Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde; M<sup>a</sup> Emilia, *Derecho al Trabajo*, Editorial Civita, Madrid, 2009, p.363.

permanente o normal surge después de la celebración del contrato durante su ejecución<sup>15</sup>; tampoco se debe olvidar que jurisprudencia reiterada y firme, sin duda ni contradicción declaró que los pactos por los cuales se van sucediendo respecto de un mismo trabajador, sin solución de continuidad, contratos “encadenados” (contratos sucesivos) por tiempo cierto sin razón suficiente con la finalidad de poder despedir libremente, constituye un verdadero fraude de ley o un claro abuso de derecho. En suma, un acto realizado al amparo del texto de una norma (art. 15.1 ET) persiguiendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (el atentado a la estabilidad en el empleo) y tiene como consecuencia, conforme al art. 6.4 CC, “la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”: el art. 15.3 ET<sup>16</sup>. Por lo que, al emerger el fraude de ley en la contratación entre las partes, se acudiría a las figuras legalmente amparadas en los art.s 49.1.I) y 51 o 52 del Estatuto de los Trabajadores, cuando no se haya realizado la contratación laboral con sujeción a contenido presupuestario, por ausencia o insuficiencia de presupuesto.

Criterio no compartido, según STS Sala de lo Contencioso de 26/09/2018 (RC 1305/2017), por Auto del Pleno del TC 124/2009, de 28 de abril, en él que cabe leer lo siguiente:

“[...] Razonaba la resolución (la providencia del Juez de lo Social abriendo trámite de audiencia sobre si procedía plantear la cuestión) que en el caso de autos, de acuerdo con la doctrina judicial pacífica (elaborada por el Tribunal Supremo a raíz de su Sentencia de 20 de enero de 1998), procedería la declaración de laboralidad y del carácter indefinido (sin fijeza en plantilla) de la relación contractual, pese a que los demandantes no fueron objeto de selección a través de los procedimientos reglados que garantizan los principios constitucionales consagrados en los arts. 14, 23.2 y 103 CE. Consideraba el juzgador que, frente a ello, lo procedente sería declarar la nulidad de la contratación, sin perjuicio del abono de los salarios devengados (art. 9.2 LET) y de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios. La cuestión de inconstitucionalidad afectaría, por tanto, concluía la providencia, a la interpretación que la comunidad jurídica viene dando de los artículos. 8.1; 15.1, 15.3 y 43.4 LET, que podría resultar no ajustada al mandato constitucional.

... en el ATC 364/1991, de 10 de diciembre, al igual que en otros previos que en él se citan, dispusimos que las irregularidades de la contratación tienen un alcance distinto en el sector privado y en el sector público. ... . Los abusos o fraudes en la contratación en la

---

<sup>15</sup> Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde; M<sup>a</sup> Emilia, *Derecho al Trabajo*, Edita Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1993, p.239.

<sup>16</sup> STS 22/4/2002 (RCUD.1431/2001) y las que cita, en p.292, nota.24. Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde; M<sup>a</sup> Emilia, *Derecho al Trabajo*, Editorial Civitas, Madrid, 2005.

empresa privada en general perjudican al trabajador en su derecho a la estabilidad en el empleo, y benefician al empleador al permitirle una precariedad en el empleo contraria a la Ley. Pero en el sector público existe además un interés general relevante, y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado en cuanto que la irregularidad puede ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad. Por esa razón, ...

... ,la doctrina que se discute toma en consideración los principios constitucionales, represente o no en casos como el que enjuicia el óptimo constitucional en su aseguramiento (STC 47/2005, de 3 de marzo, F. 10 in fine), ya que en todo caso impide (con la indefinición frente a la fijeza) que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución.”.

No obstante, *el principio de equivalencia de los derechos y bienes constitucionales*, que se refiere directamente a la forma de operar el legislador y el Tribunal Constitucional en la aplicación de los límites inmanentes, se ha de efectuar “la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes” (ATC 375/1983, de 30 de julio), y supone en atención al pluralismo político la exclusión de posiciones de valor, claudicantes y preferentes “sobre los derechos y bienes constitucionales”, lo que no se coherencia con una abstracta jerarquización o preferencia reconocida a unos derechos sobre otros<sup>17</sup>. Por lo que, en la medida en que la colisión entre derechos fundamentales se plantea en el plano de su ejercicio, el respeto del principio de proporcionalidad vincula tanto al legislador como a la Administración y al Juez ordinario; lo que permite distinguir entre su aplicación por el legislador para la configuración del derecho fundamental -la “*proporcionalidad en la ley*”, controlable por el Tribunal Constitucional-, y las proyecciones del principio para la Administración y la Jurisdicción ordinaria -“*proporcionalidad en la aplicación de la ley*”, si se quiere encontrar un paralelo con el principio de igualdad-<sup>18</sup>.

Por todo ello, las limitaciones constitucionales de igualdad, mérito y capacidad son de obligado cumplimiento para los poderes públicos a la hora de contratar personal a su servicio, ya sea funcionario o laboral, porque, si bien en este último caso actúa como una empresa, la Administración sigue siendo la misma cuando precisa a uno o a otro, pues

---

<sup>17</sup> Rivero Lamás, Juan, “Garantía de los Derechos y Libertades Constitucionales”, en *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, dirección Monereo Pérez, José Luis, Comarés, Granada, 2002, p.2056.

<sup>18</sup> *Ibidem.*, pp.2063 y 2065.

incluso el propio art. 35.1 CE establece “el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación”.

Y es que si bien, del contenido esencial del derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad al empleo público hoy por hoy, forman parte ineludiblemente el debido respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública (que era la otra cara de la inamovilidad) se ha generalizado legalmente como principios de necesario respeto para acceder al empleo público en general y bajo cualquier forma de relación jurídica, sea funcionarial o laboral. Así, el art. 55.1 EBEP dice: “1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad... 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral, mediante procedimientos en que se garanticen los principios constitucionales antes expresados...” y como, el principio de publicidad forma parte del derecho constitucional a acceder en condiciones de igualdad al empleo público, comprende la convocatoria pública abierta al público en general, de la que todos los aspirantes potenciales pueden tener oportuno conocimiento de la misma y adoptar las decisiones correspondientes, con conocimiento de todas las consecuencias que puedan derivarse y; dado que la referencia a los principios de mérito y capacidad se suele realizar de manera conjunta, como si se tratase de un mismo concepto, parte de la doctrina se ha referido a la delimitación entre ambos términos, “méritos” y “capacidades”, asociando la capacidad a la “oposición” y los méritos al sistema selectivo del “concurso”<sup>19</sup>, ambos garantizan “el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación”. Especialísima exigencia de acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad ya está homogeneizada para todos los empleados públicos sin distinción y, por tanto, no puede servir para justificar ningún trato diferencial entre fijos y temporales a efectos de estabilidad en el empleo. De manera que cabría entender que la necesidad de pasar un proceso selectivo con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no es una razón objetiva que justifique un trato desigual en los casos en los que el personal temporal haya tenido que pasar por un proceso selectivo de esta naturaleza<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Ramos Moragues, Francisco, “Los principios rectores de acceso al empleo público” *El Estatuto Básico del Empleado Público Vol. I*, Editorial Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009, p.716.

<sup>20</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. <https://ignasibeltran.com/2018/07/25/caso-vernaza-ayovi-y-despido-disciplinario-injustificado-la-readmision-del-art-96-2-ebep-no-es-extensible-a-los-indefinidos-no-fijos-o-si/>

Por tanto, la doctrina del Tribunal Supremo citada en las notas 14 y 15 a pie de página sobre los casos más claros de fraude está plenamente vigente y compatible con la Directiva 1999/70, ya que la cláusula 5 apartado 1 de la citada Directiva que autoriza “introducir medidas para prevenir los abusos por la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada a los Estados miembros..., *cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos*” ya operaba en España el fraude a ley en el contratación temporal y toda la doctrina jurisprudencial que determinaba en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán “sucesivos” (pues la jurisprudencia partía del criterio de unidad del vínculo aunque entre un contrato y otros hayan transcurrido períodos superiores a 20 días de caducidad para reclamar por despido, supuestos en que se entiende que ha habido un solo contrato de carácter indefinido, incluso aunque se hayan producido interrupciones, o se hayan combinado con contratos administrativos, aunque estos sean últimos, siendo competente la jurisdicción social), y b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido” cláusula 5 apartado 2. Así, desde un primer momento, se consideró plenamente aplicable al sector público la presunción a favor del carácter indefinido (fijo) de la relación laboral, sin que con ello se vieses afectados los principios que rigen el acceso al empleo público, por lo que se podría considerar perfectamente inútiles y una auténtica regresión de los derechos de los trabajadores tanto el art. 15.5 ET como su Disposición Adicional 15ª, pues como acabamos de argumentar la doctrina antedicha sobre los casos más claros de fraude está plenamente vigente y compatible con la Directiva 1999/70.

A este respecto el apartado 2 de la cláusula 5 “deja, en principio, a los Estados miembros la tarea de determinar en qué circunstancias los contratos o relaciones de trabajo de duración determinada han de ser considerados, por una parte, sucesivos y, por otra parte, celebrados por tiempo indefinido”. Aunque esta decisión de remitir a las autoridades nacionales “la determinación de las modalidades concretas de aplicación de los términos ‘sucesivos’ y ‘por tiempo indefinido’, a efectos del Acuerdo marco, se explica por el afán de preservar la diversidad de las normativas nacionales en esta materia, procede no obstante recordar que el margen de apreciación así atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco” (Apdos. 154 y 155 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakís Autodioikís Rethymnís y otros, C-378/07 a C-380/07).

Conclusión que se refuerza si tenemos presente “*el examen de la existencia de una ‘reducción’* (mediante el art. 15.5 y la Disposición Adicional 15ª ET y que cláusula 5. 1 a) a c) no se aplica a la celebración de un primer o único contrato o relación laboral de

duración determinada) *en el sentido de la cláusula 8, apartado 3, del Acuerdo marco debe realizarse teniendo en cuenta el conjunto de las disposiciones del Derecho interno de un Estado miembro relativas a la protección de los trabajadores en el ámbito de los contratos de trabajo de duración determinada*. Por consiguiente, *“procede responder que la cláusula 8, apartado 3, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que la ‘reducción’ a que se refiere dicha cláusula debe ser examinada en relación con el nivel general de protección que era aplicable en el Estado miembro de que se trata tanto a los trabajadores que hubieran celebrado contratos de trabajo de duración determinada sucesivos como a los trabajadores que hubieran celebrado un primer o único contrato de duración determinada”* (Apdos. 120 y 121 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnisy otros, C-378/07 a C-380/07).

De esta forma, “el Acuerdo marco y, en concreto, su cláusula 8, apartado 3, persigue una finalidad que participa de los objetivos fundamentales inscritos en el artículo 136 CE, párrafo primero, así como en el párrafo tercero del Preámbulo del Tratado y en los números 7 y 10, párrafo primero, de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, a la que se remite la citada disposición del Tratado, y que guardan relación con la mejora de la condiciones de vida y de trabajo, que permitan su aproximación por la vía del progreso, y con la existencia de una protección social adecuada de los trabajadores, en el presente asunto, de los trabajadores con contratos de duración determinada” (Apdo 112 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnisy otros, C-378/07 a C-380/07).

Pues, “dicho Acuerdo tiene como objetivo contribuir a un mayor equilibrio entre ‘flexibilidad del tiempo de trabajo y seguridad para los trabajadores’. ... que establece, a tal fin, ‘los principios generales y las condiciones mínimas para los contratos de trabajo de duración determinada y las relaciones laborales de este tipo’. E ... indica también ... ‘tiene por objeto las condiciones de empleo de los trabajadores con un contrato de duración determinada” (Apdo.111 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnisy otros, C-378/07 a C-380/07).

Pese a que “una reducción del nivel de protección garantizado a los trabajadores en el ámbito de los contratos de duración determinada no está prohibida, como tal, por el Acuerdo marco, si bien, para estar incluida en el ámbito de aplicación de la prohibición impuesta por la cláusula 8, apartado 3, de dicho Acuerdo, esta reducción debe, por una parte, guardar relación con la ‘aplicación’ de éste y, por otra parte, referirse al ‘nivel general de protección’ de los trabajadores con contratos de duración determinada”



(Apdo. 126 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakís Autodioikís Rethymnís y otros, C-378/07 a C-380/07).

#### **IV. TRABAJADOR FIJO, TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO, TRABAJADOR INTERINO POR VACANTE: LAS CONTRADICCIONES DE LA CONTRATACIÓN LABORAL**

Así el indefinido no fijo surge como reacción a una jurisprudencia que insiste en el respeto por parte de las Administraciones Públicas al principio constitucional de legalidad -arts. 9.3 y 103.1 CE-, pero considerando sólo la legalidad laboral y, por tanto, obviando la legalidad constitucional y administrativa que exige el respeto de determinados principios en el acceso al empleo público que no se cumplimentaban, porque era escaso, por no decir nulo, el rigor de los procesos selectivos de personal laboral temporal durante los años ochenta y principios de los noventa, así por las SSTS de 20 y 21/01/1998 (RCUD 317 y 315/1997), se destaca que "el alcance de esta posición ha sido de nuevo matizado a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996, en la que se establece que "la contratación en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido". Por lo que, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo introdujo un importante matiz en su doctrina, para establecer que "la contratación laboral en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar (a quienes se encuentran en esa situación) a trabajadores fijos de plantilla". Eso quiere decir que aunque el trabajador con contrato temporal al que se le prolongue la relación de empleo se considere con "contrato indefinido", no consolida la situación de "fijeza", que sólo puede alcanzarse mediante los correspondientes procedimientos selectivos. Extendiéndose la doctrina que validaba el cese acordado por una Administración Pública con respecto a la extinción del contrato de interinidad por vacante SSTS 14/03/2002 (RCUD 3191/2001), al contrato indefinido, argumentando en la STS 27/05/2002 (RCUD 2591/2001), que la norma no prohíbe la amortización de vacantes, ni recorta la potestad organizativa de la administración y su autonomía de crear y suprimir puestos de trabajo.

La condición de trabajador fijo se adquiere mediante la superación de un procedimiento selectivo convocado públicamente, mientras que el trabajador indefinido no consolida su estabilidad en la Administración hasta que no supere el correspondiente proceso de selección convocado públicamente al efecto. El trabajador fijo goza del derecho de estabilidad, mientras que el contrato del trabajador indefinido se extingue en

caso de que, convocado su puesto de trabajo, sea seleccionada una tercera persona. La ocupación definitiva y mediante un procedimiento reglamentario de selección de la plaza desempeñada por el trabajador en virtud de un contrato temporal, que fue declarado indefinido por sentencia firme, hace surgir una causa de extinción del contrato, subsumible en el art. 49. 1. b) ET, pues se entiende equiparable, en sus efectos, a la del contrato de interinidad por vacante.

El EBEP, RDLeg.5/2015, de 30 de octubre, ha dado respaldo legislativo expreso a la figura jurisprudencial del “trabajador indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas”, concretamente, su art. 8.2 dispone que los empleados públicos se clasifican en: “d) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal” y el art. 11.1 del propio Estatuto establece que: “es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato, éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”.

Figura del indefinido no fijo viene planteando grandes problemas de interpretación en los supuestos en los que estos trabajadores no ocupan una plaza prevista en el elenco de puestos de trabajo que configuran la plantilla o RPT de la entidad pública. Esto es lo que ocurre con trabajadores falsamente contratados como temporales cuando en realidad van a atender requerimientos permanentes de la Administración Pública o cuando se supera la duración máxima temporal prevista en la legislación laboral para ciertos contratos de duración temporal (pues no hay obligación de incluir en la relación de puestos de trabajo los puestos ocupados por trabajadores temporales) o aquellos provenientes del reconocimiento de una relación laboral bajo la forma de falso autónomo, pues el EBEP tampoco consigue hacer desaparecer el contrato administrativo de prestación de servicios, que mantiene la Ley de Contratos del Sector Público<sup>21</sup>.

Ahora bien, en la figura del interino por vacante la vacante está identificada y vinculada a una oferta pública de empleo integrándose una causa de temporalidad, a diferencia del indefinido no fijo, el cual se equipara al fijo, y aunque se entiende que es posible el cese por cobertura reglamentaria de la plaza o por amortización del puesto de trabajo, presta servicios sin causa temporal y sin vinculación a una vacante concreta. Las diferencias entre estas dos fórmulas contractuales no residen en la extinción del

---

<sup>21</sup> Selma Penalva Alejandra, “El trabajador “indefinido no fijo” en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, Noviembre 2014, Año 30, tomo 1, Editorial LA LEY, LA LEY 7708/2014, p.21.

contrato, sino durante la vigencia y el desarrollo del mismo<sup>22</sup>. En suma, si bien los trabajadores indefinidos no fijos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, vienen prestando servicios sin causa de temporalidad alguna y sin vinculación directa con vacante concreta. No hay, por tanto, equiparación mimética a los interinos por vacante, ligados estrictamente a un proceso de cobertura.

Es cierto que el EBEP no dio respuesta alguna a la situación de quienes hayan podido ser considerados trabajadores indefinidos como consecuencia del uso irregular de la contratación temporal por parte de los empleadores públicos, pero esa falta de expresa mención supone, precisamente, la equiparación entre estos trabajadores y los contratados de forma indefinida *ab initio*, con independencia de que estos últimos se hallen sometidos al proceso de determinación de puestos de trabajo regulado en el art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (LMRFP). Es decir, la provisión de puestos de trabajo de funcionarios y la formalización de nuevos contratos de personal exigen que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones, salvo que se trate de contratos de duración determinada para la realización de tareas de carácter no permanente<sup>23</sup>. Además, solo pueden ofertarse plazas dotadas presupuestariamente o que figuren en las RTP o, en su defecto, en los catálogos o plantillas<sup>24</sup>

La consecuencia legal de las irregularidades en la contratación temporal no es la conversión del contrato en un contrato de interinidad por vacante, sino la conversión en un contrato por tiempo indefinido. La remisión que el EBEP hace a la legislación laboral nos conduce a la equiparación entre los que han podido ser considerados trabajadores indefinidos como consecuencia del uso irregular de la contratación temporal por parte de los empleadores públicos, y los contratados de forma indefinida *ab initio*.

Además es evidente que el contrato de interinidad por vacante ha pasado de estar sujeto a condición a ser un contrato sometido a término, pero se debe advertir que se mantiene la expectativa de consolidación para el interino porque “el contrato de interinidad por vacante había superado el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que quedó desierta, por lo que, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 (EBEP) y art. 4.2 b) del RD 2720/1998, la relación de la demandante se había convertido en indefinida no fija,...” (STS de 14/07/2014 (RCUD 1807/2013) y 15/07/2014 (RCUD 1833/2013)).

---

<sup>22</sup> Monereo Pérez, José Luis, “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral” en *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos administrativos y laborales*, Coord. Castillo Blanco, F. A. y Monereo Pérez, J.L., Editorial Comares, Granada, 2015, p.249.

<sup>23</sup> Sánchez Morón, Miguel *Derecho de Función Pública*, 6ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, p.105.

<sup>24</sup> *Ibidem.*, p.107.

Y que no se aparta de la estela exigida por el Apdo. 64 de la STJUE (Gran Sala), de 5 de junio de 2018 asunto Lucía Montero Mateos y Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, C-677/16, “no se podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”. Llamada al juez nacional, que permite entender que estamos ante un intento de promover en nuestros órganos judiciales una interpretación menos formalista de las causas de temporalidad y más abierta a verificar si con ellas en realidad se cubren necesidades permanentes por mucho que se respete literalmente la dinámica de la contratación temporal e impulsa una especie de trasvase desde la cláusula 4 de la Directiva a la 5, aunque no se olvide que esta última solo se muestra operativa en los casos de sucesión contractual sin afectar a la contratación aislada<sup>25</sup>. Lo cierto es que es de máxima urgencia una reordenación legislativa del régimen jurídico de la contratación temporal de trabajo en el ordenamiento español, para erradicar la lacra principal que envuelve su práctica: la utilización abusiva y fraudulenta de alguno de sus tipos contractuales, convertida a nuestro pesar en rasgo caracterizador negativo del conjunto<sup>26</sup>.

Ya que corresponde “al tribunal nacional, y no al Tribunal de Justicia, comprobar que el Estado miembro de que se trata ha adoptado todas las disposiciones necesarias que le permitan, por una parte, garantizar en cualquier momento los resultados impuestos por la Directiva 1999/709 y, por otra parte, prever que las modalidades de ejecución de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco, que forman parte de su ordenamiento jurídico interno en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, garantizan el derecho a una tutela judicial efectiva respetando los principios de efectividad y de equivalencia”. De ello se desprende que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco no se opone, en principio, a la jurisprudencia señalada en las notas 14 y 15 de utilización abusiva y fraudulenta de contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, “según los propios términos del artículo 2, párrafo primero, de la

---

<sup>25</sup> Pérez Rey, Joaquín, “¿Punto y final a la doctrina Porrás? Consideraciones acerca del giro jurisprudencial protagonizado por el TJUE en los casos Montero Mateos y Grupo Norte Facility”, *Trabajo y Derecho*, núm. 46, octubre, 2018, p.9.

<sup>26</sup> Palomeque López, Manuel, “La doctrina judicial europea de *Diego Porrás* no irá al paraíso”, *Trabajo y Derecho*, núm. 46, octubre, 2018, p.4.

Directiva 1999/70, los Estados miembros deben adoptar ‘todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva’, sancionar debidamente dichos abusos y eliminar las consecuencias de la violación del Derecho comunitario” (Apdos. 176 y 160 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakís Autodioikís Rethymnis y otros, C-378/07 a C-380/07).

De la doctrina expuesta del TJUE se desprende que: a) una norma estatal que prohíbe en el sector público la transformación de los contratos temporales en indefinidos sin ninguna medida alternativa que evite y sancione la utilización abusiva de dicho contratos, vulnera el efecto útil de la directiva 1999/70/CE; y b) una norma estatal que prohíbe en el sector público la transformación de los contratos temporales en indefinidos con una medida alternativa de compensación económica que evite y sancione la utilización abusiva de contratos temporales, cumple el efecto útil de la directiva. Las SSTJUE de 14/09/2016, asuntos acumulados Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud y entre Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, C-184/15 y C-197/15 y en el asunto entre María Elena Pérez López y SMS (Comunidad de Madrid), C-16/15, el TJUE precisa que la sanción de “indefinida no fija” de una relación de servicios abusiva es tan válida en el Derecho laboral como en las regidas por el Derecho administrativo, pese a que se había negado hasta el momento por la jurisprudencia contencioso-administrativa<sup>27</sup>, el TJUE precisa que los poderes públicos deben establecer medidas adecuadas suficientemente efectivas y disuasorias para prevenir y sancionar los abusos en las relaciones de servicio de duración determinada regidas por el Derecho administrativo. Por lo tanto, concluye, si en las regidas por el Derecho laboral se han revelado eficaces las relativas a la calificación de indefinido no fijo, también deben serlo para las público-administrativas. En suma, con formulaciones parcialmente diferentes, unas más confusas que otras, todos terminan proponiendo la misma solución: el abuso en el empleo público-administrativo se sanciona igual que en el empleo público-laboral, esto es, con la sanción de indefinición sin fijeza de la relación de empleo público<sup>28</sup>

Tanto es así que definitivamente el Tribunal Supremo ha decidido, con matizaciones, que las consecuencias jurídicas concretas derivadas de la situación de abuso de contratos temporales de duración determinada a juicio de su Sala de lo Contencioso de 26/09/2018 (RC 1305/2017) deben ser, las siguientes:

---

<sup>27</sup> Vallecillo Gámez, María Rosa, “El personal ‘indefinido no fijo’ y el principio de igualdad y no discriminación: Entre tradición y renovación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 404, Noviembre, 2016, p. 32.

<sup>28</sup> Molina Navarrete, Cristóbal, “La contratación temporal en el laberinto de los tribunales: Preguntas y respuestas... y nuevas preguntas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 404, Noviembre, 2016, pp.185-192-196.

“La relación de empleo como funcionario interino del Sr. Castrejana no debe tenerse por finalizada el día 31 de diciembre de 2012, ... , tal relación de empleo subsiste y debe continuar, con los derechos profesionales y económicos que le son propios, hasta que el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y hoy en el mismo precepto del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre. Ha de ser así, porque tal consecuencia es la única que, amén de ser proporcionada al propio actuar de la Administración, es igualmente lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco. En este orden de cosas, una consecuencia que consistiera sólo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no sería lo bastante disuasoria como para garantizar esa plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización.

El cumplimiento de aquella norma, dadas las funciones permanentes y estables, no temporales o provisionales, que realmente desempeñaba el Sr. Castrejana, debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a ellas en concreto, si procede o no el incremento de la plantilla municipal, con las consecuencias ligadas a la decisión que se adopte, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente deban prestar tales funciones.

Junto con esas consecuencias jurídicas, no habría cabido negar, de entrada, que además pudiera proceder el reconocimiento de un derecho indemnizatorio. Pero este reconocimiento depende de las circunstancias singulares del caso; debe ser hecho en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y sólo habría podido ser hecho si la parte actora, además de deducir tal pretensión: a) hubiera invocado en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y b) hubiera acreditado por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo pudiera quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

En esta línea, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas “equivalencias”, al momento del

cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público.

En este orden de cosas, y aunque se refieran a la cláusula 4 del Acuerdo marco, no debe dejar de prestarse atención a los razonamientos del TJUE que obran en las sentencias (dos) de 5 de junio de 2018, dictadas en los asuntos C-574/16 y C-677/16. Recordemos, también, que el régimen procesal del recurso contencioso-administrativo no obliga a que el perjudicado por la situación de abuso haya de acudir a un proceso distinto de aquél en que tal situación se declara para pretender, también, el reconocimiento de un derecho indemnizatorio. Basta la lectura del art. 31.2 LJCA para comprender que es así. En el caso de autos no procede, por tanto, reconocer derecho indemnizatorio alguno, distinto del que lleva consigo la subsistencia y continuidad de la relación de empleo, pues la sentencia de instancia: a) niega que en la demanda se concretasen los daños y perjuicios para así poder ser objeto de plena contradicción por la demandada; y b) reconoce, sin concretarlo, un derecho indemnizatorio de futuro, en el momento del cese, que entendemos improcedente por las razones expuestas”.

En esta secuencia de evolución -no siempre diacrónica ni por supuesto lineal- la STS 14/07/2014 (RCUD 2052/2013) señala y resume muy bien que: “3. ... se ha rectificado el criterio precedente y se ha mantenido: a) que los contratos de interinidad por vacante están sujetos al cumplimiento del término pactado (la cobertura reglamentaria de la plaza) y que consiguientemente estamos ante una obligación a término y no ante una condición resolutoria, porque las obligaciones condicionales (artículos 1113 y ss. CC) son aquellas cuya eficacia depende de la realización o no de un hecho futuro e incierto, en tanto que en las obligaciones a término se sabe que el plazo necesariamente llegará, en forma determinada (se conoce que llegará y cuando ello tendrá lugar) o indeterminada (se cumplirá, pero se desconoce el momento). b).- En la interinidad por vacante estamos en presencia de un contrato a término, siquiera indeterminado, que es el momento en que la vacante necesariamente se cubra tras finalizar el correspondiente proceso de selección; c).- La amortización de la plaza por nueva RPT -permitida por el art. 74 EBEP -, no puede suponer la automática extinción del contrato de interinidad, pues no está prevista como tal, sino que requiere seguir previamente los trámites de los arts. 51 y 52 ET , aplicables al personal laboral de las Administraciones Públicas (arts. 7 y 11 EBEP), y en los que la nueva RPT ha de tener indudable valor probatorio para acreditar la concurrencia de la correspondiente causa extintiva. d).- La doctrina es aplicable igualmente a los trabajadores indefinidos no fijos, cuya extinción contractual está igualmente sujeta a la cobertura de la plaza y -en su caso- a la amortización.

Sorprende que el Tribunal Supremo haya tardado tanto tiempo en percatarse que el contrato temporal de interinidad no es un contrato sometido a condición pues tal

afirmación se corresponde con lo establecido en el art. 4 RD 2720/1998, porque a partir del RD 2546/1994, la voluntad de la norma es clara en el sentido de establecer un límite a la duración de estos contratos, esto es, “*el tiempo que duren*” los procesos selectivos, “*conforme a lo previsto en su normativa específica*”, art. 4.2.b) del RD 2720/1998, que se refuerza con el art. 8.1.c). 4 del RD 2720/1998, al indicar expresamente como causa de extinción del mismo “*el transcurso ... del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones Públicas*”. Al ser un contrato sometido a término, como el de interinidad por sustitución, no existe verdadera incertidumbre respecto a la realización de la condición, aunque sí la hay respecto al cuándo. De ahí que la cobertura reglamentaria de la plaza perfectamente identificada que ocupa el interino por vacante no es sino el cumplimiento de un término *certus an, incertus quando*, lo que, como es lógico, determina automáticamente la extinción de ese contrato (o su novación, si es el propio interino quien obtiene la plaza), puesto que actúa como causa de temporalidad.

Hay quien piensa que el mero transcurso del plazo aludido en dicha disposición cualquiera que este sea, no produce, en principio, el efecto pretendido de transformar la relación contractual de interinidad en contrato por tiempo indefinido, sino el efecto contrario de facultar al empleador para dar por terminada la relación contractual con el trabajador interino<sup>29</sup>. Ahora bien, esta postura no deja clara la naturaleza jurídica del contrato de interinidad, porque la consecuencia del incumplimiento del término o la condición resolutoria es la conversión del contrato en indefinido y producida la causa de extinción del contrato de interinidad, el incumplimiento de la obligación de denuncia expresa por una de las partes, tiene por efecto la prorrogación del contrato por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación (art. 8.2 RD 2720/1998). Y es que además la invocación del art. 1117 del Código civil tiene sentido en relación con las condiciones suspensivas, pero no con las resolutorias. En efecto, si el cumplimiento de una condición deviene imposible, es obvio que la relación jurídica sometida a una condición suspensiva se extinguirá, esto es, no nacerán las obligaciones pactadas por las partes. Por el contrario, cuando la relación jurídica está sometida a una condición resolutoria, dichas obligaciones ya han nacido y se están cumpliendo, y es claro que, desaparecida la incertidumbre que pendía sobre ella al devenir imposible el cumplimiento de dicha condición resolutoria, la relación jurídica en cuestión se consolida, no se extingue<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Nicolás Bernad, José Alberto. *Problemas Actuales del Trabajo Eventual e Interino*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002, p.149..

<sup>30</sup> Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, “Los despidos objetivos en el sector público...”, op. cit., p.137. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las Relaciones Obligatorias*, Sexta Edición, Editorial Civitas, Navarra, 2008, pp. 414-415. Porque según la doctrina civilista que predica el artículo 1117 del Código civil solo respecto de las condiciones suspensivas



La consideración de la condición resolutoria en el contrato de interinidad por vacante debería ser la cobertura de forma definitiva por su titular; pero si la condición resolutoria no se produce el contrato no deviene en indefinido, por cuanto la facultad de amortización de la plaza por parte de la Administración supone que siempre podrá extinguir el contrato y no permitir la conversión en indefinido del mismo; por ello, es vana la referencia a la condición resolutoria, por cuanto resulta evidente que el contrato tiene siempre un término final que podemos considerar indeterminado y es que el trabajador interino por vacante -aunque sea objeto de una contratación fraudulenta o irregular- nunca podrá ver su contrato convertido en indefinido, porque la jurisprudencia y el legislador se han encargado de hacer prevalecer un supuesto interés público que defiende el acceso al empleo público del ciudadano anónimo, en detrimento de las normas laborales de las que está exenta la Administración-empresario aunque actúe en fraude de ley<sup>31</sup>.

Postura que confirma, apdo. 60, de la STJUE (Gran Sala), de 5/06/2018 asunto Lucía Montero Mateos y Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, C-677/16, pues en efecto “se deduce de la definición del concepto de trabajador con contrato de duración determinada que figura en la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco que un contrato de este tipo deja de producir efectos para el futuro cuando vence el término que se le ha asignado, pudiendo constituir dicho término la finalización de una tarea determinada, una fecha precisa o, como en el caso de autos, el advenimiento de un acontecimiento concreto. De este modo, las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término. Este término

---

y no de las resolutorias, como expone de manera manifiestamente didáctica Díez-Picazo, al hablar de los supuestos de la purificación de la obligación condicional con tiempo determinado para la producción de la condición y que son los siguientes: a) el transcurso total del término preestablecido: si dentro de él la condición se produce, la obligación queda purificada en un sentido [la obligación condicional concluye, cuando la condición se realiza (condición *existens*)] y si se frustra queda purificada en sentido inverso [concluyendo la obligación condicional cuando la condición se frustra (condición *deficiens*)]; b) en el caso, de anticipada producción de la condición, la obligación se purifica si el evento condicionante aparece antes del transcurso total del término fijado y; c) en caso, de imposibilidad sobrevenida de producción de la condición, la obligación queda también purificada si, aún antes del transcurso del tiempo, existe la seguridad y la certeza de que el acontecimiento previsto como condición no puede ya ocurrir. En todos estos casos, la obligación se transforma en una obligación pura y queda sometida al régimen jurídico de esta última. Alonso García, Manuel, *Curso de Derecho del Trabajo*, Décima Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p.394. Y es que, en cuanto a los efectos de la condición, en términos generales, podemos aceptar las conclusiones del ordenamiento común al respecto. Según esto, pues, los efectos del contrato no se producirán, si es suspensiva, o se producirán, si es resolutoria. Cumplida la condición, los efectos se producen en la condición suspensiva y cesan con la resolutoria. Incumplida la condición, o devenida de imposible cumplimiento -aun cuando fuera posible cuando se puso-, dichos efectos no se producirán, en el supuesto de condición suspensiva, o se producen ya normalmente, sin amenaza de cesación, en el caso de condición resolutoria.

<sup>31</sup> Mateu Carruana, María José. *El contrato de interinidad*, Editorial Atelier, Barcelona, 2005, pp.115-116.

limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato”

A partir de la STS 24/06/2014 (RC 217/2013), cuya doctrina es reiterada por las SSTs (Social) 14/07/2014 (RCUD 1807/2013 y 2052/2013), -y por varias más, así la de 7/07/2016 (RCUD 2536/2014)- se ha puesto fin a una doctrina errónea, injusta y que ha producido en los últimos tiempos un perjuicio social grave: un indeterminado -pero no pequeño- número de trabajadores de las Administraciones Públicas españolas han perdido su trabajo -en ocasiones tras muchos años de servicio- por causas a ellos no imputables y sin haber percibido indemnización alguna y que completa entre otras la STS 6/10/2015 (RCUD 2592/2014) al decir que “Los contratos del personal indefinido no fijo, ..., ... están sujetos a duración determinada -hasta la cobertura reglamentaria de la vacante-..., pues precisamente por esa causa, que era la válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET, a la que se anuda las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto, desde el momento en que la calificación del contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en la contratación temporal, en la que a pesar de las mismas no cabe alcanzar la condición de fijo, ...”; lo que realmente debería ocurrir, aun cuando se mantienen las diferencias entre indefinidos no fijos y fijos que está en la existencia de la obligación de proveer reglamentariamente aquellos y en la preferencia de estabilidad de éstos, no en la liberación del procedimiento adecuado de amortización-extinción.

El reconocimiento de una indemnización a los indefinidos no fijo ex art. 49.1.c) ET en caso de cobertura reglamentaria de una plaza, como se ha expuesto anteriormente, había sido admitida por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones.

Pues bien, es en este escenario en el que debe ubicarse la STS 28/03/2017 (RCUD 1664/15) que da pie a la última de las etapas descritas. En virtud de esta sentencia, se reconoce una indemnización de 20 días a un caso de cobertura reglamentaria de plaza de un trabajador indefinido no fijo (corrigiendo la doctrina que hasta la fecha había mantenido aplicando la indemnización del art. 49.1.c) ET). Los argumentos de esta sentencia para este cambio de criterio son los siguientes:

“4. Tercera. Porque la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cual debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el artículo 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una

superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo.

Cuarta. Tal como hemos señalado, 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. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 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 contrato”.

En cualquier caso, esta doctrina ha sido ratificada por el propio Tribunal Supremo en diversas ocasiones y ampliamente acogida en suplicación. El problema se estaba planteando cuando algunos Tribunales Superiores de Justicia también están aplicando la doctrina STS 28/3/2017 (RCUD 1664/15) a extinciones de interinos (recuérdese, temporales) por cobertura reglamentaria de plaza, si bien este criterio ha sufrido un cambio de magnitudes sísmicas, a partir de las STJUE (Gran Sala), de 5/06/2018 asunto C-677/16, Lucía Montero Mateos y Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, que revierten la doctrina del asunto “de Diego Porras” que reconocía en estos casos una indemnización equiparable a la de los despidos objetivos (20 días por año con un máximo de 12 meses), porque estima que, “sí existe una razón objetiva para justificar que la finalización de un contrato de interinidad no dé lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal de que se trata, mientras que un trabajador fijo tiene derecho a una indemnización cuando se le despide por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los trabajadores”, para lo que se invoca “la diferencia que caracteriza al contexto en que se producen las causas de finalización de los contratos temporales previstas en el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, como el vencimiento del término de un contrato de interinidad, en relación con aquel en el que está previsto el abono de una indemnización en caso de despido debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 de dicho

Estatuto, como las económicas, técnicas organizativas o de producción, ..., en el primer caso, la extinción de la relación laboral se produce a consecuencia de un hecho que el trabajador podía anticipar en el momento de la celebración del contrato temporal. ... En el segundo supuesto, en cambio, el abono de la indemnización establecida ... está motivado por la voluntad de compensar la frustración de las expectativas legítimas del trabajador en lo que respecta a la continuidad de la relación laboral, ..." (Apdos. 55 y 58).

En estas circunstancias, ", constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato" entre trabajadores fijos y trabajadores interinos. Por lo que, la Directiva 1999/70/CE "no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva" (Apdos. 63 y 65 STJUE (Gran Sala), de 5/06/2018 asunto Lucía Montero Mateos y Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, C-677/16).

Pues, cabe la pregunta de si "el Acuerdo marco se opone a la aplicación de una normativa nacional que prohíbe, en el sector público, transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada que, en realidad, tienen por objeto cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador". La respuesta es que, "dado que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco no es aplicable a los trabajadores que hayan celebrado un primer o único contrato de trabajo de duración determinada, dicha disposición no obliga a los Estados miembros a adoptar sanciones cuando tal contrato cubre, en realidad, necesidades permanentes y duraderas del empleador", si bien cabe la plena aplicación de la Directiva 1999/79/CE "también en aquellos casos en que las medidas nacionales por las que el Derecho interno se ha adaptado correctamente a la referida directiva no se apliquen de manera que se alcance el resultado que ésta persigue" (Apdos. 179, 190 y 194 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakís Autodioikís Rethymnis y otros, C-378/07 a C-380/07).

Por tanto, habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder que la cláusula 8, apartado 3, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como el art. 15.5 y la DA 15 ET, que "no obliga, cuando se ha recurrido de manera abusiva a contratos de trabajo de duración determinada sucesivos en el sector público, a considerarlos celebrados por tiempo indefinido (fijos) o supedita dicha calificación a la observancia de determinados requisitos acumulativos y

restrictivos y, por otra parte, excluye de las medidas de protección que establece a los trabajadores que hayan celebrado un primer o único contrato de trabajo de duración determinada, cuando tales modificaciones se refieran a una categoría limitada de trabajadores que hayan celebrado un contrato de trabajo de duración determinada o puedan ser compensadas mediante la adopción de medidas preventivas de los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, extremo éste que corresponde comprobar al tribunal nacional” (Apdo. 177 STJUE de 27/04/2009, asuntos acumulados Kiriacki Angelidaki y otros y Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnisy otros, C-378/07 a C-380/07).

Si bien el TJUE el nuevo Cesar del orden europeo, que cada vez más abiertamente se asume como un orden “senatorial” o tecnocrático, aunque actúe más como un oráculo, pese a su creativismo judicial, que no oculta ni revela la “verdad jurídica”, solo la insinúa -en términos de efectividad de las normas del Derecho de la UE- a quien pregunta, qué hacer con los interinos y los indefinidos no fijos, dada la ambigüedad de sus respuestas como ponen de manifiesto la STJUE de 14/09/ 2016, asuntos acumulados Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud y entre Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, C-184/15 y C-197/15: *“el Tribunal de Justicia, al pronunciarse en un pronunciamiento prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar al órgano judicial -que cuestiona- en su apreciación”* (Apdo. 44) y admitir que *“en el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate puede contar con otra medida (no la de los indefinidos no fijos) efectiva para sancionar los abusos de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en dicho sector o categoría de personal y no corran suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado”* (Apdo. 48), que demuestra las dificultades del diálogo jurisdiccional multinivel sin el que, sin embargo, no es concebible la justicia actual y evidencia que el sistema de contratación temporal español es profundamente anómalo y no solo por originar una tasa de temporalidad insostenible, debida en buena medida al fraude y al incumplimiento, sino porque incluso su uso correcto da lugar a situaciones de inestabilidad tan dilatadas como inasumibles<sup>32</sup>.

Por lo que, el Apdo. 64 de la STJUE (Gran Sala), de 5/06/2018 asunto Lucía Montero Mateos y Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, C-677/16, establece que como “no se podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de

---

<sup>32</sup> Pérez Rey, Joaquín, “¿Punto y final a la doctrina Porrás?..., op. cit., p.13.

dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”. Aun cuando, habíamos quedado en que hay indemnización para los contratos indefinidos -conforme a la doctrina judicial referida-, porque hay imprevisibilidad de la ruptura del vínculo contractual y se trata de compensar la frustración de las expectativas del trabajador sobre la continuidad de la relación laboral. Y, puesto que no hay imprevisibilidad en la ruptura de los temporales, está justificada la inexistencia de indemnización -no habría nada que compensar por hipótesis- o la existencia de una inferior a la del trabajador fijo comparable. ¡Y ahora resulta que “ la imprevisibilidad de la finalización del contrato” puede acompañar también a algunos contratos temporales bajo determinadas circunstancias!, ¿entonces en qué quedamos?<sup>33</sup>.

#### **V. MEDIDAS ADOPTADAS PARA LA REPARACIÓN O TUTELA POR EXTINCIÓN DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Pese todo lo anterior, no puedo resistirme a desarrollar la siguiente argumentación, en el EBEP -arts. 8.2,c) y 11.1, aparece la categoría jurídica del contrato indefinido no fijo como una figura legal normal y no como una respuesta creada jurisprudencialmente *in extremis* para dar respuesta a un problema que parecía insoluble: sancionar la contratación temporal fraudulenta de las Administraciones Públicas por no respetar los principios de acceso al empleo público y, al propio tiempo, evitar que un empleado público se convierta en fijo sin haber pasado por el pertinente proceso de selección respetando los principios constitucionales de igualdad (que incluye la publicidad), mérito y capacidad. Nueva categoría de contrato laboral -no existente en el ámbito privado-intermedia entre los fijos y los temporales. Y manifestado, que según el art. 55.2 EBEP todos los empleados públicos, tanto funcionarios como laborales -y, debe entenderse, tanto fijos como indefinidos- deben seleccionarse con respeto a dichos principios, niega por completo, la premisa mayor que estaba en la base de la doctrina mayoritaria, a saber: evitar que entren en el empleo público “por la puerta falsa” trabajadores nombrados a dedo a través de un contrato temporal fraudulento que luego se declara como tal (ordinariamente, mediante sentencia judicial pero a veces mediante simple reconocimiento unilateral de la entidad contratante). Es obvio que este discurso es inoperante en un supuesto de contratación directa como trabajadores indefinidos y

---

<sup>33</sup> Palomeque López, Manuel, “La doctrina judicial europea de *Diego Porrás* no...”, op. cit, p.4.

respetando -como es obligado (art. 55.2 EBEP)- los principios de igualdad, mérito y capacidad<sup>34</sup>.

En sí la misma figura de los indefinidos no fijos resulta controvertida, porque no resuelve correctamente el problema: los trabajadores indefinidos mantienen una posición jurídicamente precaria y marcada por la inseguridad jurídica, su situación es existencialmente conflictiva determinando la “judicialización”. Y es que la figura jurídica del “indefinido no fijo” en las Administraciones Públicas, por actuaciones jurídicamente irregulares de la Administración actuante [art. 8.2. c) del EBEP], constituye en sí una anomalía jurídica que ha tratado de escapar a la lógica específica del Derecho del Trabajo creando una categoría jurídica contractual (y de tipo de trabajador) situada en un espacio vacío de intersección entre el trabajador indefinido y el trabajador temporal<sup>35</sup>.

Por lo que, si damos a las disposiciones pertinentes del Derecho interno, en toda la medida de lo posible, una interpretación conforme con el Derecho de la Unión, la categoría de los “indefinidos no fijos” fricciona en sí con la Directiva 1999/70/CE, que solo recoge el enfoque clásico imperante en todos los países de la Unión Europea - menos el nuestro- entre trabajadores fijos (con contrato por tiempo indefinido) y trabajadores temporales (con contratos de duración determinada). Esta figura de nuestro Derecho interno- como una suerte, paradójica y disfuncional, de *tertium genus* -resulta problemática desde la perspectiva del Derecho social comunitario y tanto más cuando no se le ha dotado de un estatuto jurídico-laboral completo que otorgue plena seguridad jurídica<sup>36</sup>.

Al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español queda avocado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido no fijo consecuencia de la cobertura definitiva de la vacante o la amortización de forma reglamentaria hasta ese momento ocupada de manera irregular, pues de lo contrario la ausencia de una reparación económica “no parece superar el doble test de equivalencia y efectividad propuesto por el tribunal europeo”.

Para solventar semejante contravención cabe señalar dos alternativas:

1ª.- De manera que, “la pérdida del puesto de trabajo por atribución en concurso de méritos de la plaza ocupada a otro trabajador no es una causa consignada en el contrato sino una causa consignada en la Ley” y como tal no se podría “forzar la vía del art. 49.1.b) ET, prevista para los pactos extintivos (o, con otra denominación, condiciones

---

<sup>34</sup> Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, “Los despidos objetivos en el sector público...”, op. cit., p.138.

<sup>35</sup> Monereo Pérez, José Luis, “Las reestructuraciones en el sector público...”, op. cit., p.255.

<sup>36</sup> *Ibidem.*, p.256.

resolutorias) lícitos o no abusivos incluidos en el contenido del contrato de trabajo por voluntad de las partes”, que definitivamente la jurisprudencia ha descartado como la única “salida jurídica si los tribunales se atienen a los firmes criterios de la jurisprudencia comunitaria” y, como una mejor solución, la que ya anticipaba el voto particular a la STS 27/05/2002 (RCUD 2591/2001) al señalar que “ ..., la pérdida del puesto de trabajo por atribución en concurso de méritos de la plaza ocupada a otro trabajador no es una causa consignada en el contrato sino una causa consignada en la ley. Puesto que la ley la consigna habrá que hacerla valer, pero sin forzar la vía del art. 49.1.b. ET, prevista para los pactos extintivos (o, con otra denominación, condiciones resolutorias) lícitos o no abusivos incluidos en el contenido del contrato de trabajo por voluntad de las partes. En suma, la calificación de cese por cumplimiento de condición resolutoria del supuesto enjuiciado es, en mi opinión, dogmáticamente inapropiada, como lo es también la metáfora de la *conditio legis*, que desvirtúa el concepto de “condición” como elemento accidental de los contratos y las obligaciones que tiene su origen en la autonomía de la voluntad (artículo 1113 y siguientes del Código Civil). Pues no son verdaderas condiciones, ya que les falta la característica esencial de la condición, la de ser puesta por las partes. En cambio, la inclusión del cese del trabajador en la presente controversia dentro del despido procedente por causas objetivas previsto en el artículo 49.1.i. del ET, definido en el art. 52.c. de la misma Ley, y regulado en el artículo 53 del propio cuerpo legal no plantea inconveniente alguno en este terreno de la dogmática o sistematización de los conceptos jurídicos” y que hoy recoge la STS 28/03/2017 (RCUD 1664/15).

Tesis que mantenemos, pues en el caso del indefinido no fijo la cobertura reglamentaria de la plaza (tras su creación formal y su inclusión en la RPT que, a veces, se dilata muchos años) no es un término, pues no se trata de un contrato temporal, sino una causa objetiva de extinción de un contrato indefinido (que no existe para los contratos fijos por razones obvias), que está fundada en el art. 49.1,1) y regulada por los arts. 51-53 ET (procedimiento formal e indemnización de 20 días por año de servicio) por lo cual dicha extinción no debería ser -aunque venía siendo- ni automática ni gratuita.

2ª.- Más claro si cabe, es todavía en caso de amortización de un puesto de trabajo dentro de la Administración, considerar la situación dentro del marco de actuación de los arts. 49.1.i), 51 y 52 ET, concurriendo una causa de despido objetivo, que puede ser utilizado perfectamente cuando existan razones organizativas o de ordenación eficaz del personal que así lo justifican, y por consiguiente, también procedería la indemnización prevista para dicho supuesto en el art. 53.1.b) del propio Texto estatutario, que es la solución definitivamente adoptada por las STS 24/06/2014 (RC 217/2013), cuya doctrina es reiterada por las SSTS (Social) 14/07/2014 (RCUD. 1807/2013 y 2052/2013).



Finalmente, cuando sea declarado improcedente su despido derivado de un incumplimiento grave y culpable (art. 96.2 EBEP) procede en todo caso la readmisión del personal laboral fijo, acompañada de los salarios dejados de percibir. Dos consideraciones caben realizar a esta peculiar regla. En primer lugar, no quedan suficientemente claras las razones por las que el legislador restringe el ámbito de aplicación del art. 96.2 EBEP tan sólo a los supuestos de despido disciplinario. Y, en segundo lugar, el precepto comentado extiende su ámbito subjetivo de aplicación únicamente al personal laboral fijo, quedando excluidos, por tanto, los trabajadores temporales y los indefinidos no fijos (que han adquirido esta condición por irregularidades en su contratación).

La cuestión a dilucidar es si cabe esperar una interpretación judicial extensiva del art. 96.2 EBEP, más allá del despido disciplinario *stricto sensu*, de manera que la readmisión inmediata sea la consecuencia necesaria de cualquier decisión empresarial extintiva declarada - judicialmente o no- improcedente, recuperando así la propuesta inequívoca de la comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público.

Tal interpretación cabe, pues con carácter general el régimen jurídico del despido disciplinario improcedente se aplica supletoriamente a cualquier decisión empresarial extintiva y carente de cauce jurídico propio y además en el sector público determinados principios constitucionales casan mal con la posibilidad de extinguir la relación laboral de empleo público de manera injustificada y sólo a cambio de dinero. Se trata, por un lado, del principio de legalidad que debe regir por completo cualquier actividad administrativa - art. 103.1 CE- y, por el otro, de los principios de mérito y capacidad - art. 103.3 CE- como contenido esencial del derecho constitucional a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público - arts. 14 y 23.2 CE; 55.1 EBEP- Por no hablar del más genérico principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos - arts. 9.3 CE- , principios que deben servir para extender el art. 96.2 EBEP a cualesquiera decisiones empresariales extintivas injustificadas y por ello declaradas improcedentes<sup>37</sup>. Incluso cabrá invocar el derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE), que impide el despido sin causa o libre, para reforzar la interpretación extensiva del art. 96.2 EBEP, por ser ésta más acorde con la efectividad del citado derecho fundamental.

Además, desde el punto de vista constitucional el derecho de acceso al empleo público en régimen laboral no admite quiebra en función del régimen temporal o fijo de la relación individual de trabajo, corroborado por la legalidad ordinaria en el vigente art. 55.2. Si tanto el personal laboral fijo como el temporal deben ser seleccionados a través

---

<sup>37</sup> Vivero Serrano, Juan Bautista, "El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público", *Revista de Derecho Social*, núm. 40, 2007, pp.73-74.

de los principios de mérito y capacidad -art. 55.2 EBEP- no se justifica que al primero se le proteja mediante la estabilidad real, debiendo conformarse el segundo con la estabilidad relativa ex art. 56 ET<sup>38</sup>. Pues, no se explica por qué se ha introducido una dualidad de regímenes según se trate de trabajador fijo o temporal cuando en ambos casos se trata de trabajadores laborales que han accedido al empleo público de modo regular.

No obstante, el TJUE en el caso “de Diego Porras” ha afirmado que, a los efectos de la Directiva 1999/70, la indemnización en caso de extinción debe ser calificada como una “condición de trabajo”, se ha planteado la cuestión prejudicial de si el reconocimiento del derecho de readmisión a los trabajadores fijos ex art. 96.2 EBEP es contrario o no al principio de no discriminación que prevé la Cláusula 4ª con respecto a los indefinidos no fijos y temporales, resuelta la STJUE (Sala Sexta), de 25/07/2018, asunto Gardenia Vernaza Ayovi y Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17, que al contestar a la misma establece que “están comprendidas en dicho concepto, en particular, ... las relativas a la indemnización concedida al trabajador por la finalización del contrato que le vincula con su empleador, ya que se abona debido a la relación laboral que se ha establecido entre ellos (sentencia de 5 de junio de 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, apartados 42, 44 y 45)” (Apdo. 28).

Pues bien, *“estas consideraciones son plenamente aplicables al régimen de reincorporación, al que tiene derecho el trabajador fijo en caso de despido disciplinario considerado improcedente, ya que tiene como razón de ser la relación de trabajo entre ese trabajador y su empresario”*. De ello, “se deduce que una indemnización está incluida en el concepto de “condiciones de trabajo”, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco”. Y en plena lógica argumental constata que “la regla general aplicable en caso de despido improcedente establece que el empresario puede optar entre la readmisión o la indemnización del trabajador afectado” y observa, “como excepción a la mencionada norma general, los trabajadores fijos que prestan servicios para las administraciones públicas cuyo despido disciplinario es declarado improcedente deben ser readmitidos obligatoriamente” (Apdos. 30, 31, 40 y 41 STJUE (Sala Sexta), de 25/07/2018, asunto Gardenia Vernaza Ayovi y Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17).

De forma y manera que no se priva de decir que *“para el personal fijo, la readmisión obligatoria garantiza la estabilidad en el empleo, teniendo en cuenta los principios consagrados en la Constitución española* (el sistema de acceso del personal laboral fijo tiene carácter selectivo y que, a fin de salvaguardar los principios de igualdad, mérito y

---

<sup>38</sup> Vivero Serrano, Juan Bautista, “La readmisión de los empleados públicos objeto de despido ilícito: el juego del derecho constitucional de igualdad, del artículo 96,2 EBEP y de la autonomía colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 7, Editorial La Ley, julio-agosto de 2013, p.9.

capacidad en el acceso al empleo público, deberá incluir una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación o resultar de un procedimiento de valoración de méritos), *mientras que, para el personal no fijo (temporal o al indefinido no fijo), el mantenimiento en las funciones no constituye un elemento esencial de la relación laboral, de modo que, en este caso, el legislador español no ha considerado conveniente privar a la Administración empleadora de la facultad de elegir entre readmitir al trabajador cuyo despido disciplinario es declarado improcedente y concederle una indemnización*". Y todavía más, con menor timidez si cabe, no tiene empacho de atreverse a afirmar que *"Esta diferencia inherente a las modalidades de contratación tiene por efecto, que el personal laboral fijo, que no es funcionario, pero que cuando menos ha superado un proceso selectivo con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, pueda beneficiarse de esta garantía de permanencia que constituye una excepción al régimen general del Derecho laboral"* (Apdos. 44 y 45 STJUE (Sala Sexta), de 25/07/2018, asunto Gardenia Vernaza Ayovi y Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17).

Y en la misma línea continúa, ya que *"las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo. 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, *"cabe afirmar que la desigualdad de trato observada está justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes"* (Apdos. 46 y 48 STJUE (Sala Sexta), de 25/07/2018, asunto Gardenia Vernaza Ayovi y Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17

## VI. CONCLUSIONES

PRIMERO.- Con igual atrevimiento no puedo sino concluir que puesto que los jueces mutan su función constitucional, al asumir el papel de guardianes del orden social y, el Estado de Derecho (*Rechtstaat*) se transforma progresivamente en un Estado de jueces (*Richterstaat*), por los efectos negativos de la incertidumbre del derecho (o de la discrecionalidad judicial) -además de tener su raíz en una situación de privación de control democrático sobre el derecho incompatible con el principio de legitimidad en un Estado democrático- no recaen igualmente sobre todos los ciudadanos, antes bien favoreciendo a los grupos socialmente más poderosos. Es decir, algo que nace de la

falta de democracia en el plano de la creación del derecho agrava aún más la desigualdad ante el derecho. A la espera, por tanto, de la deseada y deseable intervención del legislador, en los casos en que los contratos temporales carecen de duración previsible y son inusualmente largos; parámetro de la previsibilidad o no de la extinción que no parece ser el que forma parte de la finalidad de las indemnizaciones en el ET ni en la interpretación académica, ni en la jurisprudencial sino más bien él de la pérdida del puesto de trabajo que es lo que se pretende reparar con las indemnizaciones vinculadas a la extinción del contrato de trabajo. Se deben interpretar y aplicar, en la medida de lo posible, las disposiciones pertinentes del Derecho interno en un sentido conforme con las cláusulas 5, apartado 1, y 8, apartado 3, del Acuerdo marco y determinar, en este contexto, si a los trabajadores indefinidos no fijos debe aplicarse una "medida legal equivalente" en el sentido de la primera de estas cláusulas, tal como la establecida en el art. 15, apartado 3 ET, en lugar de otras disposiciones de Derecho interno.

SEGUNDA.- Características definitorias y justificadoras de la creación y utilización del contrato indefinido no fijo es que constituye precisamente el medio de prevención y de reacción contra la utilización abusiva de los contratos temporales por las Administraciones Públicas que establece definitivamente la diferencia de trato legal entre empleados del sector público y el privado, respecto de la suerte a correr por el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones de duración determinada fraudulentas, que ha sido considerada como perfectamente acomodada al ordenamiento comunitario, en particular, a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, que solo terminará con la cobertura o la amortización de la vacante, con las consecuencias expuestas y frente a las que puede reaccionar el trabajador en los términos examinados y como, por exigencias constitucionales, ha de mantenerse la necesidad de que la plaza sea objeto de convocatoria pública para garantizar su cobertura en términos de igualdad, mérito y publicidad por todos los ciudadanos, obviando el también constitucional principio de estabilidad en el empleo, al que no es posible renunciar, hace completamente inútil e innecesaria, la Disposición Adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores en relación a la aplicación de los límites al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas, pues no hace referencia a la posible amortización de la plaza como causa de extinción ni, en tal caso, cual sería el procedimiento de extinción y, en su caso, la indemnización procedente.

TERCERA.- Admitido que todos los empleados públicos, tanto funcionarios como laborales - tanto fijos como indefinidos- deben seleccionarse con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad establecidos para todos los ciudadanos (arts. 14 y 103 CE) y que no puede obviarse el también constitucional principio de estabilidad

en el empleo, al que no es posible renunciar en un sistema democrático, puesto que está en juego el derecho al trabajo de miles de ciudadanos constitucionalmente reconocido en el art. 35.1 CE, anula por completo, la premisa mayor que estaba en la base de la doctrina mayoritaria sobre la equiparación entre indefinidos no fijos y temporales y su diferenciación del fijo y es que por aplicación del *principio de equivalencia de los derechos y bienes constitucionales* que supone en atención al pluralismo político la exclusión posiciones de valor, claudicantes y preferentes “sobre los derechos y bienes constitucionales”, lo que no se cohonesta con una abstracta jerarquización o preferencia reconocida a unos derechos sobre otros y en la medida en que la colisión entre derechos fundamentales se plantea en el plano de su ejercicio, el respeto del principio de proporcionalidad vincula tanto al legislador como a la Administración y al Juez ordinario; con lo que, podríamos considera superfluo el propio contrato indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas, por la vigencia de los casos más claros de fraude en la contratación laboral elaborados por la jurisprudencia al amparo del art. 15.3 ET y al hecho de que dichas soluciones cumplan y cumplan con todas las exigencias de la directiva 1999/70/CE.

CUARTA.- La declaración o el reconocimiento de la improcedencia de los diferentes tipos de despido de *lege ferenda* da lugar en el sector público a unas consecuencias o efectos jurídicos (*restitutio in integrum* o tutela real) mucho más complejos que en el sector privado, en el que como se sabe la regla general es la conocida como estabilidad relativa, es decir, la facultad empresarial de opción entre la readmisión más los pagos de los salarios de tramitación, o bien la extinción indemnizada y sin salarios de tramitación.

QUINTA.- La conclusión llevada hasta sus últimas consecuencias de esta jurisprudencia de la Corte europea, por vía de la interpretación de la Directiva sobre duración de los contratos temporales, implica la necesaria e imparable laboralización del funcionario público y de la función pública, pues el Derecho comunitario da pruebas tanto de estar más evolucionado que los ordenamientos de los Estados miembros al equiparar el funcionario al trabajador por cuenta ajena y más en nuestro país tanto por la compleja situación normativa sobre modalidades de prestación de servicios para la Administración Pública como por el caos que supone haber caído en trampa de la convivencia de los regímenes administrativo y laboral en la Función Pública, permanentemente intercomunicados mediante una especie de membrana semipermeable a través de la cual pasan selectivamente “objetos”, en ambos sentidos. Reforzada por el hecho que el sistema de mérito en el que se fundamenta la burocracia profesional y que garantiza la imparcialidad y continuidad de la actuación administrativa queda asegurado en tod@s l@s vínculos y modalidades contractuales, siendo el principio de estabilidad/inamovilidad en el empleo el que en último término permite mantener el volumen de empleo en la

Administración con el fin de garantizar la prestación de los servicios públicos que son de obligado cumplimiento, de manera que la huida del modelo tradicional de función pública no tiene por qué saldarse con un estrepitoso fracaso, siempre y cuando los directivos públicos sean personas reclutadas mediante procesos competitivos por las Administraciones Públicas en función de sus conocimientos, destrezas, aptitudes, habilidades y actitudes para dirigir un determinado ámbito o sector de lo público, es decir, que sean seleccionados en función de estrictos criterios de competencia profesional y experiencia y así evitar de una manera disimulada un mecanismo de *spoils-system, de naturaleza política*.

Definitivamente, en un contexto jurídico con muchos derechos y en que los juristas debemos ser conscientes de ello. Nos dará, al menos, la certeza de que una dogmática jurídica alternativa, propia para un orden jurídico de múltiples derechos, al que se refiere el pluralismo jurídico, ya existió y, por lo tanto, puede volver a existir<sup>39</sup>. Nos guste más o menos, la reconstrucción de conceptos a la luz del Derecho Comunitario no es solo una opción doctrinal, sino también una obligación: denunciar el cientismo y la falsa inevitabilidad neoliberales e insistir en que la pluralidad de la política y las ventajas del modelo jurídico de elección plural, ponderada y de compromiso en el corto y medio plazo puede ser la misión más decisiva de los juristas y los tribunales. Así lo corrobora la STS 28/03/2017 (RCUD 1664/15) en materia de derecho a la indemnización por cese del indefinido no fijo con motivo de cobertura reglamentaria. Como hemos visto, la razón que realmente explica el cambio es su profunda convicción de la injusticia de tratarlos igual que a los temporales, dándoles una indemnización menor.

---

<sup>39</sup> Hespanha, António Manuel *“Pluralismo Jurídico e...”*, op. cit., p.294.