

LOS EFECTOS DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL IRREGULAR EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: EL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE PLANTILLA Y SU RÉGIMEN EXTINTIVO

Ana M^a Romero Burillo

Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la SS
Universidad de Lleida

SUMARIO: 1. Presentación del tema. 2. La jurisprudencia sobre contratación temporal irregular en las Administraciones Públicas: la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla. 3. La extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla. 3.1. Planteamiento inicial. 3.2. Las SSTJUE de 7 de septiembre de 2006: una valoración sobre su posible incidencia sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3.3. La STS de 22 de julio de 2013: los nuevos efectos de la extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla. 4. Valoración final.

1. Presentación del tema.

La contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Públicas se ha convertido, con el paso del tiempo, en una práctica cada vez más habitual y, de hecho, pese a que se ha venido defendiendo que el régimen general del empleo público en España es el modelo funcional¹ lo cierto es que la utilización de la contratación laboral como vía de reclutamiento de personal por parte de la Administración Pública, lejos de frenarse ha ido incrementándose de forma constante.

Las razones que han llevado al desarrollo de las relaciones laborales en el ámbito del empleo público, son diversas, pero sin duda entre ellas cabe señalar como una de las más importantes la progresiva ampliación del ámbito de actuación de la Administración Pública. Efectivamente, la extensión del sector público hacia parcelas cada vez más alejadas del núcleo de soberanía que se concretan, principalmente en la prestación de

¹ A este respecto cabe recordar que en la STC 99/1987, de 11 de junio, el alto tribunal vino a confirmar la constitucionalidad de la presencia de personal laboral en la Administración, siempre que se cumpla con dos condiciones, que se considere a esta posibilidad con carácter excepcional, de modo que la provisión normal y general de los puestos de trabajo en la Administración Pública sea bajo el régimen estatutario, y que tal excepcionalidad sea prevista por el legislador. Para un estudio sobre esta cuestión y las diversas interpretaciones doctrinales de este pronunciamiento constitucional, vid., entre otros LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial del empleado público*. Ed. Civitas Thomson-Reuters. Madrid, 2009, págs. 65 y ss. y MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato en el sector público*. Ed. Comares. Granada, 2000, págs. 110 y ss.

bienes y servicios para la comunidad, comporta la ampliación del número de personas que se encuentran al servicio de las Administraciones Públicas, las cuales al no desarrollar una actividad que se considera propia de la Función Pública, hacen posible que la regulación de la prestación de servicios pueda ser regulada a través de normas diferentes a las administrativas y, más concretamente, por medio del ordenamiento jurídico laboral².

Junto a la ampliación del alcance de la actuación de la Administración Pública, otras razones que apunta la doctrina que han favorecido el incremento del colectivo laboral de trabajadores en el sector público son la búsqueda de una mayor eficacia en los servicios ofrecidos por los entes públicos³, la prohibición de realizar contratos de colaboración temporal con personal sujeto al Derecho Administrativo, que fuerza la búsqueda de otras figuras que respondan a las necesidades que venía cubriendo esta figura jurídica⁴, así como la flexibilidad que ofrecen las relaciones laborales respecto a las relaciones funcionariales, en especial, las relaciones laborales de carácter temporal⁵.

Estas y otras razones han llevado a que cada vez sea más habitual encontrarnos con una situación de coexistencia del ordenamiento administrativo y el ordenamiento laboral en el marco de la actividad desarrollada por el sector público, coexistencia que no siempre es fácil, ni pacífica.

Uno de los ámbitos en los que la coexistencia entre el ordenamiento administrativo y el laboral resulta problemática es, sin duda, el relativo a la contratación laboral temporal y los efectos que deben ser de aplicación en aquellos supuestos en los cuales la Administración comete irregularidades en la realización de la misma.

La problemática que se suscita en estos supuestos deriva, principalmente, de la determinación del grado de sujeción que ha de tener la Administración Pública a la normativa laboral cuando actúa como empresario. Es sabido que los efectos previstos en la normativa laboral para los supuestos de contratación irregular comporta la consideración de dicha contratación como indefinida (art. 15.2, 15.3 y 15.5 ET). Sin embargo, la aplicación de dichos efectos resulta más compleja cuando el empresario resulta ser una Administración Pública, dado que los efectos previstos por el art. 15 ET en caso de una contratación irregular entran en conflicto con las normas administrativas reguladoras del sistema de acceso al empleo público y que por imperativo constitucional

² Vid., en este sentido, por ejemplo LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial...*, cit. pág. 38 y RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral de las Administraciones Públicas*. Ed. La Ley. Madrid, 2011, pág. 111.

³ LANDA ZAPIARIN, J.P.; COLLADO LUIS, S.; SANTIAGO REDONDO, K.M. y TENES ITURRI, R.: *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*. Ed. Civitas. Madrid, 1993, pág. 16. Sobre esta cuestión, cabe indicar que la doctrina administrativista se ha manifestado muy crítica. Así, por ejemplo, PARADA VÁZQUEZ, R.: “La degeneración del modelo de Función Pública”. *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, pág. 444, afirma que “(...) la entrada del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, en cuyo status no caben los compromisos y el rigor tradicionales en la relación de función pública, lejos de mejorar el funcionamiento de la Administración y un reforzamiento en la estructura orgánica de la misma, acentúa todavía más la debilidad de la que ha hecho gala la Administración (...)”.

⁴ Vid. entre otros PÉREZ-BEDMAR, M.R.: “Trabajadores indefinidos no fijos de plantilla: la incidencia de la norma administrativa en la contratación irregular de la Administración Pública”. *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, pág. 95 y ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Relaciones laborales en el empleo público*. Ed. Ibidem. Madrid, 1995, pág. 6.

⁵ LANDA ZAPIARIN, J.P.; COLLADO LUIS, S.; SANTIAGO REDONDO, K.M. y TENES ITURRI, R.: *La contratación laboral temporal...*, cit. págs. 13 y 14.

(art. 103.3 CE) se halla sujeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, surgiendo así la duda de cuáles deben ser las normas y, por tanto, los principios básicos que deben prevalecer en los supuestos de contratación temporal laboral irregular en la Administración Pública, si los principios de igualdad, mérito y capacidad previstos por el ordenamiento administrativo, o los principios de estabilidad y seguridad jurídica que informan los efectos previstos en el ordenamiento laboral en estos supuestos de contratación irregular.

La cuestión que se plantea no ha sido pacífica y a lo largo del tiempo los pronunciamientos judiciales permiten hablar de una postura judicial oscilante que se ha mostrado receptiva, en unas ocasiones a los argumentos que se plantean desde posiciones laboristas y, en otras ocasiones, a los argumentos que se defienden desde la vertiente administrativista, introduciéndose constantemente concreciones y matizaciones en un sentido u otro, que ponen de manifiesto la voluntad por parte de los tribunales de encontrar un punto de equilibrio en el que se pueda apoyar una solución satisfactoria para ambos ordenamientos jurídicos.

Ese punto de equilibrio parece encontrarse tras las SSTS de 20 y 21 de enero de 1998, las cuales llevaron a la consolidación de una nueva figura contractual en el ámbito laboral de las Administraciones Públicas que es el trabajador indefinido no fijo de plantilla, hasta el punto que dicha figura ha encontrado cabida en la actual normativa reguladora de la Función Pública, ya que en el art. 11.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), al referirse a la clasificación del personal laboral en función de su duración, junto al personal laboral fijo y temporal, aparece mencionado el personal laboral indefinido, en el cual cabe incluir claramente al trabajador indefinido no fijo de plantilla.

Pese al esfuerzo que realiza la jurisprudencia por dar una respuesta satisfactoria a los casos de contratación temporal laboral irregular en la Administración Pública a través de la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla, lo cierto es que esta construcción jurisprudencial no está exenta de problemas, siendo, sin duda, uno de ellos la cuestión relativa al régimen extintivo que cabe aplicar en estos casos, planteándose la duda de si aplicar el régimen de extinción propio de los contratos temporales o bien optar por el tratamiento del régimen extintivo de un contrato indefinido y aplicar el procedimiento de extinción por causas objetivas.

Estas dudas aplicativas se trasladaron al ámbito judicial, y en su momento, en el seno de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA se planteó un interesante debate al respecto. Este debate parecía cerrado tras la STS de 27 de mayo de 2002 en la que el Tribunal Supremo, aunque no de forma unánime⁶, se decantó por la aplicación del art. 49.1 b) ET. Sin embargo dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 7 de septiembre de 2006 (Asuntos C-53/04 y Asunto C-180/04) en relación a la aplicación de la Directiva 1999/70/CE permitieron reabrir de nuevo el debate sobre esta cuestión tanto a nivel judicial como doctrinal, debate que ha encontrado recientemente una nueva respuesta por parte del Tribunal Supremo, la cual ha introducido una nueva e interesante doctrina que sin duda merece ser analizada.

⁶ Este pronunciamiento del TS fue acompañado de un interesante voto particular suscrito por tres magistrados, en el que se defendía la aplicación del régimen de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas previsto en el art. 52.1 c) ET.

En este trabajo nos proponemos abordar el estudio de la doctrina que hasta el momento ha elaborado el TS en relación al régimen extintivo del trabajador indefinido no fijo de plantilla y los cambios que recientemente se han producido al respecto. Sin embargo antes de abordar la cuestión objeto de este trabajo creemos conveniente realizar un breve repaso de la evolución de la jurisprudencia en materia de contratación irregular en la Administración Pública hasta llegar a la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla, ya que es justamente la construcción jurídica que se realiza de esta figura laboral el fundamento sobre el cual giran los posicionamientos jurisprudenciales y doctrinales sobre el régimen extintivo del trabajador indefinido no fijo de plantilla y, en consecuencia, nos permitirá tener una mejor comprensión y valoración de dichas posturas.

2. La jurisprudencia sobre contratación temporal irregular en las Administraciones Públicas: la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla.

Tal y como se ha indicado anteriormente la convivencia del ordenamiento jurídico laboral y administrativo en el marco de la Administración Pública no siempre es pacífico y, en el caso de la determinación de los efectos de la contratación laboral temporal irregular es especialmente conflictiva, al plantearse el grado de sujeción que debe tener la Administración Pública a la normativa laboral y sus principios informadores. El conflicto se plantea en el momento en que hay que decidir si deben primar los principios de estabilidad en el empleo y seguridad jurídica informadores del ordenamiento laboral o si por el contrario deben imponerse los principios informadores del acceso al empleo público de igualdad, mérito y capacidad.

En la búsqueda por alcanzar una solución satisfactoria para ambos ordenamientos jurídicos a lo largo de los años se ha ido produciendo una evolución en la jurisprudencia que ha llevado finalmente a la aparición de la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla, evolución que se puede dividir en cuatro etapas⁷:

Una primera etapa, que situamos en el momento en que empieza a generalizarse el problema, llevará a los tribunales a posicionarse a favor de la aplicación de las normas administrativas, entendiendo como inadmisibles que la comisión de irregularidades en la contratación temporal de personal al servicio de la Administración Pública pudiera dar acceso a un puesto de trabajo estable/permanente en la Administración sin el sometimiento a los procesos reglados de selección⁸. Esta solución llevaba al mantenimiento de la temporalidad del contrato de trabajo, pese a las irregularidades cometidas por la Administración, lo cual resultaba ciertamente

⁷Para un estudio en profundidad sobre la evolución jurisprudencial en materia de contratación irregular en las Administraciones Públicas vid., entre otros, BORRAJO DACRUZ, E.: "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial". *Actualidad Laboral*, núm. 18, 1998; CAMPS RUIZ, L.M.: *La contratación laboral temporal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995; LANDA ZAPIARIN, J.P.; COLLADO LUIS, S.; SANTIAGO REDONDO, K.M. y TENES ITURRI, R.: *La contratación laboral temporal...*, cit.; LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial...*, cit.; MARTÍN PUEBLA, E.: "Trabajadores al servicio de la Administración. La problemática del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública". *Relaciones Laborales*, vol. I, 1990; MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato en el sector público...*, cit.; PÉREZ-BEDMAR, M.R.: "Trabajadores indefinidos no fijos...", cit.; RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...*, cit.; y ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Relaciones laborales...*, cit.

⁸ Vid., entre otras SSTs de 9 de octubre de 1985 (Ar. 4697), de 21 de febrero de 1986 (Ar. 800), de 9 de abril de 1987 (Ar. 2386), de 7 de julio de 1988 (Ar. 5772) y de 27 de noviembre de 1989 (Ar. 8262).

alarmante ya que confería a la Administración Pública un estatus privilegiado como empresario laboral carente de toda base legal. Seguramente, como consecuencia del reconocimiento por parte de la jurisprudencia de esa posición de privilegio a la Administración, y que a nuestro parecer resultaba totalmente injustificada, progresivamente los pronunciamientos judiciales matizaron su posición inicial llevando a distinguir diferentes efectos de la contratación irregular en función de la gravedad de la irregularidad cometida. De manera que si se trataba de un incumplimiento de cierta entidad y en el que se podía identificar la presencia de un elemento intencional elusivo de las garantías legales de la contratación temporal, ello llevaba a declarar la existencia de una interinidad de facto. Es decir, se consideraba que con dicha irregularidad se ponía de relieve la existencia de un puesto de trabajo laboral, de carácter permanente, que tenía que ser objeto de cobertura definitiva y, en consecuencia, se consideraba que el mantenimiento del contrato irregular tenía como finalidad permitir temporalmente el desempeño de las tareas vinculadas a esa plaza hasta que la vacante se cubriera definitivamente de acuerdo con el proceso de selección previsto reglamentariamente⁹.

Una segunda etapa que se inicia, de forma prácticamente simultánea a la declaración de la existencia de una interinidad de facto en los supuestos de contratación irregular cualificada en el marco de las Administraciones Públicas, y que aparece como una reacción más contundente frente a ciertas prácticas abusivas que se habían detectado en la Administración, propondrá la aplicación en un sentido estricto de la normativa laboral, comportando la conversión de los contratos temporales irregulares en contratos indefinidos/fijos¹⁰. Sin duda esta solución jurisprudencial resultaba ser la más respetuosa con la normativa laboral y, en consecuencia, la más tuitiva para los intereses del trabajador, pero abría una inquietante puerta al acceso irregular al empleo público.

La tercera etapa jurisprudencial, que situamos a partir de la STS de 7 de octubre de 1996¹¹, supondrá una primera aproximación hacia el reconocimiento de la figura que posteriormente conoceremos como trabajador indefinido no fijo de plantilla. La doctrina que se defiende por el TS sigue partiendo de la consideración de que la contratación irregular llevada a cabo por la Administración Pública ha de suponer la íntegra aplicación de las reglas jurídico-laborales en esta materia, sin que los principios de igualdad, mérito y capacidad establecidos en los arts. 23 y 103 CE puedan ser un obstáculo para la imposición a la Administración empleadora de deberes de indemnización o de readmisión. Sin embargo, también reconocerá que tal solución no debe interpretarse como una causa que enerva a las Administraciones Públicas del atendimento a los sistemas o procedimientos de contratación que concreten la puesta en práctica de tales principios constitucionales, lo cual le lleva a precisar que el contrato temporal afectado por irregularidades graves podrá ser calificado como indefinido, pero el trabajador afectado no podrá tener la consideración de fijo de plantilla, ya que dicha condición no se puede adquirir al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad de acuerdo con lo previsto en los arts. 23 y 103 CE¹².

De acuerdo con este pronunciamiento, parece claro que el TS quiere distinguir entre trabajadores permanentes al servicio de la Administración Pública y que acceden a

⁹Vid., por ejemplo SSTS de 7 de febrero de 1990 (Ar. 838) y de 24 de abril de 1990 (Ar. 3490).

¹⁰ En este sentido, vid., entre otras SSTS de 7 de marzo de 1988 (Ar. 1864), de 18 de julio de 1989 (Ar. 5873), de 11 de febrero de 1991 (Ar. 822) y de 6 de mayo de 1992 (Ar. 3516).

¹¹Ar. 7992.

¹²Vid. entre otras SSTS de 10 de diciembre de 1996 (Ar. 9139), de 14 de marzo de 1997 (Ar. 2471) y de 24 de abril de 1997 (Ar. 3498).

su puesto de trabajo a través del correspondiente proceso de selección reglamentariamente establecido, y trabajadores que acceden a su puesto de trabajo como consecuencia de un contrato temporal previo sujeto a irregularidades graves. Sin embargo, nada especifica sobre los elementos que van a llevar a distinguirlos y, por tanto, a que se dé un tratamiento diferenciado a estos dos tipos de trabajadores.

El silencio sobre los efectos que implica la calificación del trabajador indefinido no fijo de plantilla se mantendrá en sentencias posteriores, lo cual permitió la elaboración de diversas e interesantes teorías doctrinales¹³. No obstante, la jurisprudencia unificada no podía permanecer ajena a tal indefinición y en la que consideraríamos la cuarta y última etapa jurisprudencial se aborda la delimitación del concepto de trabajador indefinido no fijo de plantilla. Tal concreción se produce con las SSTs de de 20 y 21 de enero de 1998¹⁴, señalando que el carácter indefinido del contrato implica, desde una perspectiva temporal que no esté sometido directa o indirectamente a un término, pero sin que ello suponga que el trabajador consolide sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas, lo que sólo podría hacerse a través de los procedimientos reglamentarios, por lo que el trabajador no queda adscrito definitivamente al puesto de trabajo que ocupa, sino que la cobertura de éste debe ser promovida por el organismo empleador, al que se considera obligado a ello, de tal modo que la provisión legal de la plaza que ocupa el trabajador indefinido no fijo motivará su cese, constituyendo causa lícita de extinción del contrato de trabajo¹⁵.

Con esta última interpretación, a nuestro parecer, se consigue una solución equilibrada y en cierto modo satisfactoria para los ordenamientos jurídicos implicados ya que, por un lado, permite sancionar la utilización ilícita de los contratos temporales, convirtiendo al trabajador en indefinido y, por otro lado, ser respetuosos con los principios constitucionales que informan el procedimiento de acceso al empleo público.

3. La extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla.

3.1. Planteamiento inicial.

Como se ha podido comprobar la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla que ofrece la jurisprudencia se presenta, por el momento, como la solución más

¹³En este sentido, por ejemplo, LEÓN CAVERO, R.A. y BAL FRANCÉS, E.: “Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 296, 1997, defienden la existencia de una relación atípica de vinculación temporal. Por su parte GOERLICH PESET, J.M. y VEGA LÓPEZ, J.: “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?. Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla”. *Relaciones Laborales*, vol. I, 1998, entienden que nos encontramos ante un trabajador indefinido con ciertas peculiaridades en su régimen jurídico, al no tener la consideración de fijo de plantilla.

¹⁴RJ 1998\1000 y 1998\1001, respectivamente. Cabe indicar que ambos pronunciamientos no contaron con la opinión unánime de la sala y fueron ampliamente rebatidos por el voto particular emitido por el Magistrado Sr. D. Luís Gil Suárez, al cual se adhirieron cuatro Magistrados más.

¹⁵Esta interpretación también se encuentra, entre otras, en las SSTs de 27 de marzo de 1998 (Ar. 3159), de 22 de septiembre de 1998 (Ar. 1423), de 19 de enero de 1999 (Ar. 2474) y de 23 de abril de 1999 (Ar. 4435).

satisfactoria para dar respuesta a los casos de contratación laboral irregular en la Administración Pública.

Esta solución, sin embargo, ha venido acompañada de importantes dudas en relación al régimen jurídico de extinción del contrato de trabajo que le es de aplicación a este tipo de trabajador cuando se produce la cobertura definitiva del puesto de trabajo que ocupa el trabajador indefinido no fijo de plantilla, o cuando se decide amortizar ese mismo puesto de trabajo. En este punto cabe indicar que, en un primer momento, en los pronunciamientos del Tribunal Supremo referidos a la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla no se mencionaba con claridad los efectos extintivos que se derivaban al respecto, limitándose a señalar que la cobertura definitiva del puesto de trabajo da lugar a la concurrencia de una causa lícita para extinguir la relación laboral¹⁶, sin indicar cuál es la causa lícita prevista en el art. 49 ET que motiva la extinción y, en consecuencia, cuál debe ser el procedimiento y efectos que se derivan de la misma.

La falta de concreción inicial por parte del TS de los efectos que se derivan de la extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo de plantilla dio pie a la elaboración de diversas interpretaciones posibles sobre esta cuestión, entre las que se pueden destacar, en primer lugar, la consideración de que el reconocimiento del carácter indefinido del vínculo contractual existente entre la Administración y el trabajador contratado de forma irregular lleva necesariamente a la consideración de que este trabajador tiene una relación laboral común y que le deben ser de aplicación las mismas reglas que los compañeros que hubieran entrado al servicio de la Administración Pública por la vía legalmente establecida¹⁷; una segunda interpretación consiste en realizar una equiparación del trabajador indefinido no fijo de plantilla a la figura del trabajador interino por vacante¹⁸, y, finalmente, otra posibilidad interpretativa apuntada es considerar al trabajador indefinido no fijo de plantilla como un trabajador al servicio de la Administración con un régimen jurídico especial, de tal manera que la regla general ha de ser la aplicación de las normas laborales en su extensión, exceptuándose sólo aquellas que presenten una vinculación con los principios que rigen el personal de las Administraciones Públicas, como será, por ejemplo, la promoción profesional y la extinción con indemnización en los casos de cobertura definitiva de plaza o, en su caso en supuestos de amortización, siendo la vía extintiva adecuada a seguir la prevista en el art. 51 y ss ET.¹⁹.

¹⁶ Vid. STS de 20 de enero de 1998.

¹⁷ Esta postura se ha defendido por ejemplo en la STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de noviembre de 1996. Vid. también SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Jurisprudencia social*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 1997, pág. 55.

¹⁸ Según el profesor ROJO TORRECILLA, E.: “La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas” en AAVV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. Vol I. Ed. MTAS. Madrid, 2000, pág. 101 considera que la tesis que defiende el TS acerca la situación del trabajador indefinido no fijo de plantilla a la de una interinidad por vacante, pues una vez que se provea el puesto de trabajo que ocupa por la forma legalmente procedente se afirma que existirá una causa lícita para extinguirse el contrato. Dicha causa puede ubicarse dentro del art. 49.1 c) ET y, por consiguiente la extinción se producirá sin derecho a ningún tipo de indemnización salvo cláusula convencional en contrario, o bien entenderse que es un circunstancia objetiva prevista en el art. 52 c), razones organizativas y reconocer el derecho del trabajo a una indemnización.

¹⁹ Esta interpretación es defendida, entre otros, por ALFONSO MELLADO, C.L.: “Contratación temporal en unificación de doctrina”. *Revista de Derecho Social*, núm. 18, 2002, págs. 200 y 201; GOERLICH PESET, J.M. y VEGA LÓPEZ, J.: “¿Una nueva categoría de personal laboral...”, cit. págs. 579 y ss.; LAHERA FORTEZA, J.: “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública”. *Relaciones Laborales*, vol. II, 2002, págs. 682 y ss. y PÉREZ-BEDMAR, M.S.: “Trabajadores indefinidos no fijos...”, cit. págs. 115 y 116.

La STS de 27 de mayo de 2002²⁰ se pronunciará sobre las dudas planteadas sobre esta cuestión indicando que la ocupación efectiva mediante un procedimiento reglamentario de selección de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido, hace surgir una causa de extinción contractual que tiene que subsumirse en el art. 49.1 b) ET como una condición resolutoria consignada válidamente en el contrato de trabajo. El TS llega a esta conclusión partiendo de la premisa de que la consecuencia jurídica del contrato temporal ilícito en el sector público, es de acuerdo con el art. 9 ET, la nulidad parcial y la sustitución de la cláusula de temporalidad ilegal por otra causa legal de extinción del contrato, la condición resolutoria de la ocupación de la plaza por procedimientos reglamentarios, lo cual llevará a la extinción de la relación contractual con la Administración Pública sin ninguna indemnización.

Como se puede observar, la solución propuesta por el TS parte de una elaborada construcción jurídica, la cual, sin embargo, no contó con el apoyo unánime de la sala, ya que fue acompañada de un interesante voto particular que a nuestro parecer cuestiona acertadamente la interpretación mantenida por la mayoría del tribunal.

El voto particular que se acompaña a la STS de 27 de mayo de 2002 discrepa de la opinión mayoritaria del tribunal al considerar que la causa que mejor se adecua a la situación planteada -que no es otra que la adjudicación a otro trabajador en concurso de méritos de la plaza ocupada hasta el momento por un trabajador indefinido no fijo de plantilla-, es la extinción por causas objetivas legalmente procedentes (arty. 49.1 l) ET) y no la extinción por causas consignadas válidamente en el contrato (art. 49.1 b) ET) ya que, se considera que la pérdida del puesto de trabajo por atribución en concurso no es una causa consignada en el contrato sino una causa consignada en la ley y, puesto que la ley la consigna habrá de hacerla valer, pero sin forzar la vía del art. 49.1 b), prevista para los pactos extintivos lícitos o no abusivos incluidos en el contenido del contrato de trabajo por voluntad de la partes.

La calificación de cese por cumplimiento de condición resolutoria se entiende dogmáticamente inapropiada, como también lo es 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, mientras que la aplicación del art. 49.1 l) ET no plantea tales inconvenientes ni en el terreno dogmático, ni en el de la sistematización de los conceptos jurídicos. Además la aplicación de la extinción por causas objetivas tiene a su favor una razón de equidad, ya que de no reconocerse en el momento de la extinción del contrato ningún tipo de indemnización a un trabajador reconocido con la categoría de indefinido se equipara en sus efectos a los de un trabajador interino, situándolo en una posición incluso más desventajosa que la de los trabajadores que cesan en la Administración por “expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio determinado”, los cuales tienen reconocida por ley una indemnización.

Los argumentos planteados en el voto particular, a nuestro parecer, son lo suficientemente sólidos para permitir cuestionar la solución propuesta por el TS, ofreciendo además una solución alternativa ciertamente interesante. En este sentido, como ha indicado ya la doctrina, no debe perderse de vista el carácter indefinido que se

²⁰ RJ 2002\9893.

otorga por la jurisprudencia a los trabajadores que son contratados de forma irregular por la Administración, si bien es cierto que con una matización que es su prolongación hasta la cobertura reglamentaria de la vacante ocupada de acuerdo con el sistema ordinario de acceso previsto en las normas administrativas. Ahora bien, salvada la compatibilidad aplicativa del art. 15.3 ET y art. 103 CE, no resulta aceptable incorporar otras especialidades en el régimen jurídico del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla, siendo ciertamente dudoso que una sentencia pueda establecer una causa extintiva del art. 49.1 b) ET en un contrato, sin que haya existido en ningún momento participación de la voluntad de las partes y, más aún, cuando dicha condición no viene impuesta ni por la ley, que ignora la consecuencia jurídica matizada que debe tener la utilización ilícita de la contratación temporal en el sector público, dejando paso a la creación judicial²¹. De este modo, la consignación por el juez en el contrato de una condición resolutoria de origen también judicial parece, en el marco de los arts. 49.1 b) ET y arts. 1113 y ss CC, jurídicamente inviable²².

Por otra parte también debe ponerse de manifiesto que en la solución dada por el Tribunal Supremo las consecuencias jurídicas que se derivan para la Administración de una mala praxis en la contratación laboral de trabajadores se limitan al mantenimiento del trabajador en tanto no se cubra definitivamente la plaza, pero no se compensa de ninguna forma al trabajador afectado por la mala praxis, a no ser que se plantee como compensación la posibilidad que se otorga al trabajador indefinido no fijo de plantilla de acceder, en su momento, a la cobertura del puesto de trabajo de forma definitiva y acumular méritos para la misma durante el tiempo que permanece ocupando el puesto de trabajo que ha ser objeto de concurso. En todo caso, esos efectos serán muy diversos dependiendo del tiempo que tarde en convocar la plaza la Administración, de manera que si la convocatoria es inmediata los “beneficios” serán ciertamente relativos o nulos, mientras que si la convocatoria se dilata en el tiempo, al trabajador que ocupa el puesto de trabajo le puede permitir adquirir méritos que podrá presentar en el procedimiento de cobertura del puesto de trabajo.

Asimismo, compartimos la apreciación realizada por los magistrados que suscriben el voto particular de la STS de 27 de mayo de 2002, también apoyada por un sector doctrinal, referido a los agravios comparativos que se producen en la extinción de un trabajador indefinido no fijo de plantilla, que no percibirá ningún tipo de indemnización en relación a otros supuestos en los que en el marco de sector público sí que comportarán dicha compensación económica como, por ejemplo, el pago de una indemnización de 8 días de salario por año de trabajo en los contratos de obra o servicio determinado y eventual legales; la equiparación entre interinos vacantes legales e ilegales sin sanción de la antijuricidad cometida o la aplicación del despido objetivo indemnizado del art. 52 ET en contratos indefinidos por falta de consignación presupuestaria²³.

Finalmente, cabe realizar una última apreciación en relación al supuesto sobre el que se pronuncia el TS y es que dicha resolución no abarca todos los casos en los que puede producirse la extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla, ya que la STS de 27 de mayo de 2002 sólo se refiere al supuesto en el que la extinción

²¹MORÓN PRIETO, R.: “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla, supuestos, procedimientos y efectos”. Revista de Derecho Social, núm. 14, 2001, pág. 203.

²²LAHERA FORTEZA, J.: “La extinción del contrato indefinido...”, cit. pág. 83.

²³ALFONSO MELLADO, C.L.: “Contratación temporal...”, cit. pág. 201 y LAHERA FORTEZA, J.: “La extinción del contrato indefinido...”, cit. pág. 583.

del contrato se produce a raíz de la cobertura definitiva del puesto de trabajo ocupado por el trabajador indefinido no fijo de plantilla, pero nada se indica sobre cuáles han de ser los efectos en los supuestos en los que el puesto de trabajo en cuestión se decide amortizar, lo cual plantea la duda de si debe ser de aplicación la misma doctrina o si en estos casos es posible aplicar el art. 51 y 52 c) ET. Es cierto que tradicionalmente en el marco de la Administración Pública la amortización de puestos de trabajo se ha planteado en términos de excepcionalidad, no obstante, tal situación es posible y, desafortunadamente la situación de crisis económica que se vive en estos momentos en nuestro país y la concreta regulación incorporada para la Administración Pública en una de las últimas reformas laborales no ha hecho otra cosa que constatar de forma reiterada la posibilidad apuntada.

3.2. Las SSTJUE de 7 de septiembre de 2006: una valoración sobre su posible incidencia sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

A pesar de las críticas que como hemos visto recibió en su momento la solución dada por el TS a los supuestos de extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla, lo cierto es que dicha doctrina se ha mantenido constante a lo largo del tiempo, si bien, a nuestro parecer estas críticas pasan a adquirir una nueva y mayor relevancia a la luz de la solución contenida en dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la UE. Concretamente las sentencias de 7 de septiembre de 2006 que resuelven dos cuestiones prejudiciales italianas sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE de contratación temporal en el sector público.

Estos dos pronunciamientos judiciales son importantes porque en ellos se aborda la cuestión referida a las consecuencias que deben derivarse para las Administraciones Públicas de los Estados miembros en los supuestos de abuso en la contratación temporal, concretamente, en estas dos sentencias se analizaban supuestos de superación de los límites temporales previstos por la normativa italiana en el encadenamiento de contratos temporales en el sector público.

El TSJUE resuelve la cuestión planteada a través del siguiente razonamiento: la Directiva 1999/70/CE es aplicable en el ámbito público, ya que dicha norma no contiene ninguna excepción al respecto ni establece diferencias. De acuerdo con esta conclusión el Tribunal indica que los Estados tienen la obligación de prever medidas frente a los abusos en la utilización sucesiva de contratos temporales del sector público, pero no tienen la obligación de transformar los contratos temporales que traspasan los límites nacionales en indefinidos, ni de tratar, a estos efectos, de la misma manera, los sectores privado y público. Ahora bien, la diferencia de trato que se admite entre el sector público y privado no exime al Estado miembro de prever medidas efectivas para evitar abusos en la contratación temporal en el sector público, que no deben ser ni menos favorables que las aplicables a situaciones de carácter similar en el ordenamiento interno ni hacer imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.

El Tribunal entiende que las medidas contra el abuso de la contratación temporal deben superar un doble juicio de equivalencia y de efectividad, aún admitiendo la falta de identidad con el ámbito de la empresa privada y, a este respecto considera que la reparación económica al trabajador de las Administraciones Públicas que compensa el abuso cometido en su contratación temporal supera ese doble test de equivalencia y

efectividad, siendo conforme a la Directiva 1999/70/CE la no conversión del contrato en indefinido si va acompañada de dicha medida. Sin embargo, no supera el doble test de equivalencia y de efectividad la prohibición de transformar los contratos temporales en indefinidos sin una medida alternativa disuasoria que evite abusos y no se alcanza en este caso el efecto útil de dicha Directiva.

La jurisprudencia comunitaria contenida en las SSTJUE de 7 de septiembre de 2006 permite recuperar la propuesta defendida por un sector de la doctrina²⁴ y contenida en el voto particular de la STS de 27 de mayo de 2002. Es cierto que los pronunciamientos comunitarios se centran en los supuestos de encadenamiento de contratos temporales, supuesto previsto en el art. 15.5 ET, pero compartimos con la doctrina la posibilidad de que la aplicación del test de equivalencia y efectividad se traslade a los supuestos de contratación irregular ya que en todos los casos la solución a la que se llegará será la construcción jurisprudencial de la categoría de indefinido no fijo de plantilla, por lo que dar un tratamiento diferenciado llevaría a situaciones discriminatorias²⁵.

En este sentido y de acuerdo con el contenido de la jurisprudencia comunitaria parece razonable plantearse una revisión del tratamiento que hasta el momento ha recibido la contratación irregular en la Administración Pública, ya que siguiendo los argumentos del TJUE si bien la construcción jurisprudencial de la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla sería admisible, al permitirse que en el ámbito del sector público se pueda dar una solución diferente a la contratación irregular de la que se daría en caso de tratarse de una empresa privada, tal excepción debe acompañarse de medidas alternativas que eviten y sancionen la mala praxis, siendo una vía adecuada para ello la compensación económica para el trabajador, mediante el correspondiente pago de una indemnización en el momento en que se extingue el contrato de trabajo.

3.3. La STS de 22 de julio de 2013: los nuevos efectos de la extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla.

La propuesta planteada por la doctrina referente a una revisión de la jurisprudencia sobre el trabajador indefinido no fijo de plantilla a raíz de los pronunciamientos del TJUE no obtuvo en su momento una respuesta por parte del Tribunal Supremo. No obstante, al final el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre esta cuestión ya que con el paso del tiempo se ha podido constatar que la postura mantenida por los órganos judiciales ha sido cada vez menos uniforme -seguramente como consecuencia de la proliferación de los casos de amortización de puestos de trabajo en la Administración Pública-, siendo posible encontrar tanto sentencias que siguen al pie de la letra la consolidada jurisprudencia del

²⁴ ALFONSO MELLADO, C.L.: “Contratación temporal...”, cit.; GOERLICH PESET, J.M. y VEGA LÓPEZ, J.: “¿Una nueva categoría de personal laboral...”, cit.; LAHERA FORTEZA, J.: “La extinción del contrato indefinido...”, cit. pág. 583 y MORÓN PRIETO, R.: “La extinción del contrato indefinido...”, cit.

²⁵ En este sentido se manifiestan, por ejemplo, LAHERA FORTEZA, J.: “La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE 7 de septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y Asunto C-180/04)”. *Relaciones Laborales*, vol. I, 2007, pág. 592 y RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral de las Administraciones Públicas*. Ed. La Ley. Madrid, 2011, pág. 450.

TS²⁶, como otras sentencias en las que se defiende la resolución del contrato vía arts. 51 y 52 ET²⁷, por lo que se hacía necesario un pronunciamiento del Alto Tribunal en unificación de doctrina.

La respuesta del Tribunal Supremo se ha producido en fechas recientes por medio de la sentencia de 22 de julio de 2013²⁸, en la cual partiendo de la jurisprudencia existente hasta el momento se apunta una reformulación de los efectos de la extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla que supone el reconocimiento del derecho que tiene el trabajador a una indemnización en caso de extinción del contrato de trabajo. Esta reformulación del régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla que se apunta en esta sentencia se ha visto confirmada y concretada/matizada posteriormente en las SSTs de 14, 15 y 23 de octubre de 2013²⁹ y de 25 de noviembre de 2013³⁰.

Debe indicarse, no obstante que ni la solución aportada por la STS de 22 de julio de 2013, ni la argumentación utilizada para ello ha contado con el apoyo que inicialmente cabía esperar, como lo prueba el hecho de que dicha resolución venga acompañada de un voto particular emitido por el Magistrado Jordi Agustí, al cual se adhieren cinco Magistrados más.

El supuesto que se plantea ante el Tribunal Supremo es una vez más la determinación de los efectos que deben derivarse en los casos de extinción de un contrato de trabajo de un trabajador que ha sido declarado previamente por resolución judicial como trabajador indefinido no fijo de plantilla, como consecuencia de las irregularidades cometidas por la Administración en su contratación y que ve, en este caso, como el puesto de trabajo que ocupa no se cubre de forma definitiva mediante el correspondiente procedimiento reglamentario, sino que, por el contrario, el organismo público correspondiente decide la amortización del mismo.

En respuesta a esta cuestión, el Tribunal Supremo inicia su argumentación realizando un repaso a la doctrina consolidada existente sobre la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla. En este sentido el Tribunal se remite a las sentencias de 20 de enero de 1998 y de 27 de mayo de 2002 que recogen la creación jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo de plantilla, recordando que la contratación temporal irregular por parte de las Administraciones Públicas supone declarar contraria a derecho la causa de temporalidad pactada conforme al art. 49.1 c) ET y el reconocimiento de la relación laboral como indefinida, con la salvedad de que dicha relación laboral se encuentra sometida a una condición -la provisión de vacantes por los procedimientos legales de cobertura-, cuyo cumplimiento determina la extinción del contrato de trabajo mediante la correspondiente denuncia del empleador público vía art. 49.1 b) ET, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contempla los arts. 51 y 52 del ET. En este punto el Tribunal realiza una precisión sobre el alcance de esta doctrina ya que indica que la misma no sólo será de aplicación a la causa consistente en la cobertura reglamentaria de la vacante, sino que también ha de aplicarse a los supuestos en que el

²⁶Vid., a título de ejemplo, STSJ de Cantabria de 10 de noviembre de 2009 (AS 2009\2049) y STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de febrero de 2010 (AS 2010\2725).

²⁷Vid., en este sentido SSTSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2012 (JUR 2013\9758) y de 20 de diciembre de 2012 (JUR 2013\45288).

²⁸RJ 2013\7657.

²⁹ RJ 2013\8000; RJ 2013\7999 y JUR\2014\11212.

³⁰JUR 2013\381783.

puesto desempeñado desaparece por amortización³¹. Por otra parte el Tribunal aprovecha la ocasión para aclarar que la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla no sólo es la solución idónea para los supuestos de contratación irregular de trabajadores en la Administración Pública sino que de igual forma es la respuesta a los supuestos de encadenamiento de contratos temporales (art. 15.5 ET).

Dicho esto, el Tribunal vuelve a insistir una vez más en las analogías existentes entre el trabajador indefinido no fijo de plantilla y el contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas, lo cual, en su opinión, permite equiparar los efectos de la extinción del contrato al entender que tanto una categoría como otra responden a la misma causa y necesidad. Esta afirmación la fundamenta en la jurisprudencia elaborada por el propio Tribunal sobre la extinción del contrato de interinidad por vacante suscrito en el ámbito de las Administraciones Públicas³² indicando que “(...) la Sala ha establecido con reiteración que la extinción puede acordarse directamente “por la amortización de la plaza cubierta... sin necesidad de acudir a la vía que establece el art. 52 c) ET” y ello en atención a que la “situación de interinidad que genera el contrato de trabajo con la Administración es muy peculiar concurriendo en ella algunas circunstancias que la diferencian de la contratación celebrada por los particulares al amparo del art. 15.1 c) ET”. De ahí que, “aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, es obvio que la vigencia de la relación está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando ésta se amortiza el contrato se extingue; efecto que “responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad en cuanto referida al desempeño con carácter provisional, de un puesto de trabajo (...)”³³. Ahora bien, el Tribunal también pone especial empeño en aclarar que las dos figuras no se equiparan en su totalidad y que existen diferencias durante “la vigencia y desarrollo” de la relación laboral³⁴.

A partir de la equiparación de la figuras de indefinido no fijo de plantilla y de interino por vacante, el Tribunal y para reforzar seguramente dicha argumentación procede a valorar el tratamiento que realiza la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEB) de la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla, señalando que la referencia contenida en los art. 8 y 11 EBEB al trabajador indefinido no debe relacionarse con la figura del indefinido no fijo de plantilla y, por tanto, que no tiene fundamento considerar que con esta referencia el legislador tenía la voluntad ni de hacer desaparecer la figura de indefinido no fijo para transformarse en un indefinido sin más, ni de crear un “tercius genus” entre fijos y temporales, ya que la mención contenida en estos preceptos, según el Tribunal tiene su fundamento en diversas enmiendas presentadas durante la tramitación de la ley con la finalidad de dar cabida expresa en la norma al profesorado de religión.

Por último, el Tribunal también analiza en esta sentencia la jurisprudencia comunitaria dictada en el año 2006 sobre la Directiva 1999/70/CE, pero lo hace en una dirección contraria a la que inicialmente se podría pensar si tenemos en cuenta que tal y como indicábamos al inicio de este apartado en la sentencia se apunta el derecho que

³¹Fundamento de Derecho Tercero y Cuarto.

³²En este sentido en la resolución comentada se citan, entre otras las SSTs de 20 de julio de 2007, de 19 de febrero de 2009, de 8 de junio de 2011 y de 27 de febrero de 2012.

³³Fundamento de Derecho Tercero.

³⁴Fundamento de Derecho Tercero.

tiene el trabajador indefinido no fijo de plantilla a percibir una indemnización en el caso de que el puesto de trabajo que ocupa sea objeto de amortización. Sin embargo, como decimos, la línea seguida por el TS no es esta, al contrario, dedica un amplio fundamento de derecho séptimo a justificar la no aplicación de la doctrina del TJUE en relación a los apartados 4 y 5 de la Directiva 1999/70/CE.

El Tribunal Supremo entiende que la consideración de la amortización de la vacante desempeñada en un contrato indefinido no fijo de plantilla como causa de extinción sometida al régimen del art. 49.1 b) ET no vulnera la Directiva 1999/70/CE en relación al desarrollo que realiza de dos cláusulas del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, ya que por un lado, cuando la cláusula 4 se refiere a la prohibición de un trato menos favorable de los trabajadores con contrato de duración determinada respecto a los trabajadores con contratos indefinidos lo hace en relación a la fijación de condiciones de trabajo, mientras que la cuestión objeto de debate es la extinción del contrato, una condición no de trabajo sino de empleo y, por otro lado, no resulta razonable comparar en términos de reparación, la indemnización aplicable en el marco de un contrato fijo, en el que la relación tiene una expectativa de permanencia, que la que ha de serlo en un contrato sometido a una condición resolutoria.

En cuanto a la cláusula 5 del Acuerdo Marco que incorpora la Directiva, tampoco es de aplicación al caso enjuiciado ya que la cláusula viene referida al uso abusivo de encadenamiento de contratos temporales, por otra parte, la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla se presenta como la medida de prevención y reacción que exige el ordenamiento comunitario frente a los abusos de contratación laboral en el sector público y que en caso de que no se convoque la plaza que ocupa el trabajador o se amortice el puesto de trabajo, el trabajador afectado cuenta con medios de resarcimiento como son la petición de la convocatoria de la plaza en el primer caso y la impugnación en el segundo. Por último el Tribunal entiende que incluso si se admitiera que el trabajador indefinido no fijo de plantilla es un caso de utilización abusiva sucesiva de contrato de duración determinada, se aplicarían no una sino las tres garantías que prevé la cláusula 5 que son: 1) establecimiento de razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales. En este caso la razón objetiva para la aplicación de la modalidad contractual como de duración determinada es la garantía al acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito y capacidad; 2) establecimiento de una duración máxima total, que en este caso la duración dependería de la convocatoria de la vacante y que el trabajador contratado puede activar; y, 3) establecimiento del número de renovaciones de tales contratos. En el supuesto del trabajador indefinido no fijo de plantilla se excluye tal previsión porque no hay renovación de contratos.

Como puede observarse, todos los argumentos que se apuntan en la resolución del Tribunal Supremo dan pie a pensar que el fallo emitido siga sin ningún cambio la misma línea jurisprudencial iniciada en el año 2002, ya que el nuevo elemento de debate que se incorpora es la jurisprudencia comunitaria en aplicación de la Directiva 1999/70/CE y dicho elemento es rechazado por la sala. Sin embargo el Tribunal nos sorprende en su decisión final, introduciendo una variante en la doctrina mantenida hasta ese momento y, de esta manera, en el Fundamento de Derecho Sexto señala que aunque no puede reconocer la aplicación de la indemnización prevista por el art. 49.1 c) ET puesto que tal reclamación no se ha planteado en las actuaciones, en el que la

demanda solicita la declaración del despido como improcedente o nulo³⁵, parece reconocer que existe una situación de trato desigual injustificado en el momento en que se priva a los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla de la indemnización prevista en el art. 49.1 c) ET para los supuestos de extinción de los contratos temporales y si bien la jurisprudencia viene reconociendo la extinción del contrato de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla en base al art. 49.1 b) ET, una interpretación analógica de ambos apartados sí permite el reconocimiento de dicha indemnización.

En otras palabras el Tribunal Supremo entiende que aunque se pueda reconocer cierta equiparación del trabajador indefinido no fijo de plantilla con el contrato de interinidad por vacante, lo cierto es que el contrato de trabajo se extingue por una amortización de la plaza que ocupaba el trabajador, por una vía distinta de la cobertura por el procedimiento reglamentario de la plaza que ocupaba el trabajador a través del sistema de acceso a la Administración pública empleador regido por los principios de mérito y capacidad. Por ello, en este supuesto, para evitar una situación de trato desigual injustificado, cabe entender aplicable por analogía la indemnización prevista en el art. 49.1 c) ET.

Se abre así una doble solución a los casos de extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla. Una solución consistirá en la equiparación de dicho trabajador al contrato de interinidad por vacante cuando se produzca la cobertura de la plaza de forma definitiva por los cauces reglamentarios, en cuyo caso el trabajador indefinido no fijo de plantilla verá extinguido su contrato sin derecho a indemnización y, la otra solución que se ofrece a partir de la STS de 22 de julio de 2013 consistirá en reconocer que equiparar a esa misma figura del interino por vacante en una extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla por amortización del puesto de trabajo resulta demasiado gravoso para el trabajador y que por ello vía analogía es necesario compensarlo con una indemnización que será la prevista en el art. 49.1 c) ET para los contratos temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio pactados.

Es evidente que la solución que se propone a partir de la STS de 22 de julio de 2013 en los supuestos de extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla es un cambio ciertamente relevante ya que se pasa de un criterio jurisprudencial que no admitía ningún tipo de indemnización en caso de extinción del contrato, al reconocimiento de dicha indemnización en los casos de amortización de puesto de trabajo. Ahora bien, el TS sigue sin admitir que la vía compensatoria del trabajador sea la de los arts. 51 y 52 ET y opta por realizar una interpretación analógica del supuesto de extinción del contrato de trabajo por cumplimiento del tiempo convenido o realización de la obra o servicio contratado.

Las críticas a la nueva doctrina del TS no se han hecho esperar y, tal y como indicábamos al inicio de este apartado, se producen en el propio seno del tribunal por medio del voto particular emitido por el magistrado D. Jordi Agustí Julià y al que se adhieren hasta un total de cinco magistrados más.

³⁵Sobre esta cuestión cabe indicar que el TS ha rectificado dicha argumentación con posterioridad considerando posible el reconocimiento de la indemnización correspondiente pese a que no se formule dicha petición. Si bien esta solución no es compartida por todos los miembros del Tribunal. Vid. STS de 23 de octubre de 2013 (JUR\2014\11212), en el que se incluye un voto particular emitido por el magistrado D. Aureliano Desdentado Bonete, en relación a esta cuestión.

Los argumentos presentados en el voto particular resultan acertados ya que a nuestro parecer en la STS de 22 de julio de 2013 hay un intento por parte del Tribunal Supremo de reformular la doctrina hasta el momento vigente en materia de extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla, buscando de esa manera un acomodo a la jurisprudencia comunitaria dictada en relación a la Directiva 1999/70/CE, pero dicha adaptación la quiere realizar sin afectar a los argumentos que venía defendiendo el Alto Tribunal sobre esta materia, por lo que el resultado nos parece que resulta un tanto forzado.

En este sentido un aspecto central de la argumentación del TS es negar el reconocimiento y regulación del trabajador indefinido no fijo de plantilla en la normativa, ello le permite al Tribunal defender mejor la equiparación de esta categoría de trabajador con la del interino por vacante y luego poder realizar la interpretación analógica para el supuesto de amortización de puesto de trabajo, reconociendo la indemnización del art. 49.1 c) ET.

Compartimos la consideración realizada en el voto particular que rechaza la argumentación del Tribunal Supremo y tal y como se indica la forma tan genérica con la que se hace mención a la categoría de trabajador indefinido, nada lleva a pensar que en tal categoría no puedan quedar incluidos los indefinidos no fijos de plantilla. Esta afirmación lleva consecuentemente a que tal y como indica el art. 7 EBEB la resolución del contrato se deba realizar de acuerdo a lo establecido en la legislación laboral y en concreto a las causas del art. 49 ET, con la excepción de lo dispuesto en el régimen disciplinario del EBEP. Pero además, se recuerda que la propia sala ha señalado en SSTs de 16 de septiembre de 2009 y de 26 de abril de 2010 de forma expresa que las disposiciones del EBEB son de aplicación al trabajador indefinido no fijo de plantilla, poniendo de manifiesto las sustanciales diferencias existentes entre este tipo de trabajador y el contrato de interinidad por vacante.

Las diferencias existentes entre la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla y el trabajador interino por vacante es lo que justifica la necesaria aplicación de un régimen extintivo diferente para cada figura y, por tanto, que sea de aplicación los arts. 51 y 52 ET en el caso del trabajador indefinido no fijo de plantilla.

No debe olvidarse en este punto la razón de la creación jurisprudencial de la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla y que es acomodar la conversión del contrato temporal en indefinido en los casos de contratación irregular (art. 15,3 ET) con el proceso ordinario de acceso al empleo público (art. 103 CE), ello lleva a declarar las contrataciones irregulares como indefinidas. Por tanto, en ningún momento se hace mención al mantenimiento de la naturaleza temporal de esta figura y, en tanto que indefinida, durante su vigencia le deben ser de aplicación como bien indica el art. 7 del EBEB la normativa laboral vigente. Coincidimos con la doctrina que rechaza la posibilidad de que una misma relación laboral pueda participar a la vez de dos regímenes jurídicos, por un lado la de los trabajadores fijos, en lo que respecta a derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social, y el de los trabajadores temporales en materia de extinción, al identificarse las mismas causas de extinción que en el contrato de interinidad³⁶.

³⁶SALA FRANCO, T.: “La contratación laboral temporal por la Administración Pública: el fraude de ley” citado por RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...*, cit. pág. 339.

Por otro lado, y como indica el voto particular, tampoco es justificable de acuerdo con el principio de no discriminación recogido en la Directiva 1999/70/CE que un trabajador que se ha visto afectado por un procedimiento de contratación irregular reciba un peor trato en el momento de la extinción de su contrato que uno que ha sido legalmente contratado, sin recibir tal y como prevé la misma Directiva la correspondiente reparación de los perjuicios sufridos por el trabajador afectado por un uso abusivo por parte de la Administración Pública.

A nuestro parecer, además, la analogía que aplica el TS para resolver esta cuestión no es suficiente, ya que se le asigna la misma indemnización a supuestos que son diferentes. El art. 49.1 c) ET prevé una indemnización cuando el contrato se extingue por causas de su propia temporalidad y, por tanto en ella no tienen cabida las causas que se justifican en motivos de reducción de plantilla que son los ligados a la amortización de un puesto de trabajo, causa que se encuentra claramente prevista en los arts. 51 y 52 ET. Por otra parte, no debemos olvidar que en caso de que el trabajador temporal legalmente contratado se viera afectado por una reestructuración de plantilla le sería de aplicación también los arts. 51 y 52 ET.

4. Valoración final.

Como se ha podido constatar a lo largo de este trabajo la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla es un terreno abonado para el debate doctrinal y, periódicamente, aparecen cuestiones conflictivas que permiten nuevamente retomar su estudio.

Partiendo de la aceptación tanto a nivel doctrinal como a nivel judicial de la construcción jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo de plantilla la cuestión problemática se encuentra en determinar cuál debe ser el régimen jurídico extintivo de esta categoría de trabajador.

La solución que ofrece el TS es la que se recoge en la STS de 27 de mayo de 2002 que supone equiparar al trabajador indefinido no fijo de plantilla a un contrato de interinidad por vacante, lo cual lleva a que en la práctica se mantenga la naturaleza temporal del contrato y cuando se produce la cobertura de manera definitiva del puesto de trabajo, el trabajador indefinido no fijo de plantilla no percibe ningún tipo de indemnización.

Este régimen extintivo del trabajador indefinido no fijo de plantilla se ha visto completado con la STS de 22 de julio de 2013, en la cual el supuesto planteado ya no es una extinción por cobertura definitiva del puesto de trabajo sino una amortización del puesto de trabajo. La solución que podía haber dado el Tribunal es la misma que la contenida en la STS de 27 de mayo de 2002, sin embargo, a nuestro parecer el Tribunal ha creído necesario acomodar la doctrina sobre contratación irregular en la Administración Pública a la jurisprudencia comunitaria dictada en el año 2006 y si bien en la STS de 22 de julio de 2013 rechaza de forma contundente la incidencia de la jurisprudencia comunitaria en estos supuestos, lo cierto es que esta postura se ve matizada posteriormente en la STS de 25 de noviembre de 2013³⁷, en donde se reconoce expresamente dicha incidencia. En este sentido considera que los efectos que se derivan

³⁷En este sentido vid. Fundamento de Derecho Segundo. Apartado 2.

de la equiparación del trabajador indefinido no fijo de plantilla a un trabajador interino por vacante en los casos de amortización del puesto de trabajo llevarían a un trato desigual injustificado para el trabajador indefinido no fijo de plantilla, ya que se daría la paradoja de que un trabajador temporal contratado legalmente recibiría mejor trato al recibir una indemnización al finalizar su relación laboral por cumplimiento de su término o condición, mientras que un trabajador contratado de forma irregular temporalmente vería extinguido su contrato siempre sin ningún tipo de indemnización, quedando de esa forma muy difuminada, incluso anulada, los efectos y responsabilidades que debe asumir la Administración por su mala praxis.

La solución que ofrece el Tribunal Supremo entendemos que es coherente con la doctrina mantenida hasta el momento por el alto tribunal y que siempre parte de la equiparación del indefinido no fijo de plantilla al trabajador interino por vacante lo cual le lleva a tener que forzar la interpretación analógica del art. 49.1 c) ET.

Sin embargo, entendemos que es posible ofrecer una solución menos forzada a este supuesto, la cual se recoge en el voto particular emitido en la STS de 22 de julio de 2013, la cual se fundamenta, en coherencia con la denominación que recibe esta categoría de trabajador, en la naturaleza indefinida de la relación laboral y a partir de dicha constatación la aplicación de los arts. 51 y 52 ET.

Tal y como se indica en el voto particular en el supuesto del trabajador indefinido no fijo de plantilla no es posible considerar como causas de extinción, como sí ocurre con el interino, ni el transcurso del plazo necesario para el desarrollo del proceso de cobertura del puesto de trabajo sin que tal cobertura llegue a producirse, ni tampoco la amortización de la plaza, puesto que para que se extinga el contrato de trabajo indefinido no fijo es preciso siempre que la plaza sea cubierta reglamentariamente. 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 a tiempo indefinido. La diferencia entre el trabajador fijo y el indefinido no fijo estriba en la obligación de la Administración de proceder a la cobertura del puesto de trabajo con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad (art. 23 CE). Ahora bien, este precepto, en razón al cual se excepciona en estos supuestos la aplicación del régimen ordinario de los trabajadores fijos, no incide en la extinción del contrato por amortización de la plaza, que constituye una causa legal de extinción y su régimen jurídico en los arts. 51 y 52 ET, que son los aplicables a los trabajadores indefinidos, sin que nada en el texto constitucional obligue a una aplicación excluyente de estos preceptos a las Administraciones Públicas, al no menoscabar, evidentemente ningún principio en el acceso al empleo público.