

LA PERDIDA DE LA CONDICION DE EMPLEADO PUBLICO. CAUSAS ESPECIFICAS DE EXTINCION: LA EXTINCION DE LA RELACION LABORAL DEL INDEFINIDO NO FIJO

María José MARTÍNEZ AMIGO

*Secretaria Interventora Ayuntamiento de Quintanilla del Agua y Tordueles
(Burgos)*

*Trabajo de evaluación presentado para la obtención del Certificado de
Aprovechamiento del Curso: La aplicación del régimen jurídico laboral a las entidades
locales CEMCI.*

SUMARIO

1. Introducción
2. La temporalidad y el personal laboral indefinido no fijo
3. La extinción de la relación laboral del indefinido no fijo
 - 3.1. Cese por cobertura definitiva de la plaza.
 - 3.2. Cese por amortización de la plaza ocupada.
 - 3.3. Consecuencias de la extinción. Indemnización, readmisión.
4. Conclusiones

1.- INTRODUCCION

Al momento de tratar, con un carácter general, la pérdida de la condición de empleado público es imposible no referirse, a modo introductorio e indicativo, al Título IV del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) y a los artículos que regulan la pérdida de la relación de servicio y las causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera.

Es el EBEP el que regula, con carácter general, la pérdida de la condición de empleado público, artículos 63 a 68, incluyendo también la de los funcionarios interinos, por la remisión recogida en el art. 10.3 del citado texto legal: *“El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento”*.

El desarrollo concreto de la regulación normativa se produce en función de los distintos ámbitos administrativos. Así, por ejemplo, en el caso de la Administración Local, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, artículos

138 y 139 o, en el caso del personal estatutario, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, artículos 21 a 27.

Ahora bien, en el EBEP, a diferencia de lo que hubiera sido más que deseable y, sin duda, una inicial intención frustrada, no se contiene una regulación concreta sobre esta importante materia, limitándose a recoger vagas referencias y remitiendo, de una forma genérica, al Derecho Laboral, en todo aquello no previsto en el articulado del EBEP.

Pero, aun teniéndolo presente, es lo cierto, que existen, en la regulación, dos áreas claramente diferenciadas:

- las causas de extinción comunes a todos los empleados públicos, con matices y peculiaridades para el personal laboral y,
- las causas específicas de extinción de la relación laboral y de los funcionarios interinos.

Por otra parte, el desarrollo normativo autonómico ha incorporado a la regulación de esta materia, causas de extinción inicialmente no previstas, ni recogidas, en el EBEP. Este es el caso de las legislaciones cántabra (Ley Cantabria 4/1993, de 10 de marzo, por la que se regula la función pública) o catalana (Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, sobre función pública), que incorporan la causa de extinción del fallecimiento o, el de las legislaciones canaria (Ley Canarias 2/1987, de 30 de marzo, de Función Pública Canaria) y vasca (Ley País Vasco 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca), que añaden como causa de extinción la falta de solicitud de reincorporación tras el disfrute de permisos o excedencias.

Las causas de extinción comunes a todos los empleados públicos, recogidas en el EBEP, artículo 63 y ss. y en el Estatuto de los Trabajadores, artículos 49 y 52, se concretan en:

- la renuncia voluntaria o dimisión: EBEP, art. 64, y Estatuto de los Trabajadores, art. 49; art. 49.j y art. 50;
- la pérdida de la nacionalidad: EBEP, art. 63.b), art. 57.5 y 65, y respecto del personal laboral, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 57.4 del EBEP, así como las exigencias y cumplimiento de requisitos que se derivan de la Ley Orgánica 4/2000, artículo 36.1 y 4, y los efectos que su incumplimiento sobrevenido pueden tener sobre el contrato de trabajo del empleado público, art. 49.1.b) y c) del Estatuto de los Trabajadores.

En el apartado de causas específicas de extinción de la relación laboral, distinguimos entre las que afectan a los funcionarios interinos y las que inciden en la extinción del contrato del personal laboral.

Sobre estas últimas versará nuestro trabajo, con especial referencia a la extinción del personal laboral vinculado a la Administración con un contrato indefinido no fijo.

2.- LA TEMPORALIDAD Y EL PERSONAL LABORAL INDIFINIDO NO FIJO

Como señalaba Juan CORRAL VILLALBA en el Manual de Gestión del Personal de la Administración Local (p. 161), *“La discusión sobre la tipología del personal y sobre la reserva o el carácter prioritario del empleo público a funcionarios o a personal laboral no es un tema neutro: en el fondo, la opción por el personal laboral se basa en la consideración de que el funcionario es el exponente de una burocracia cerrada y corporativa y, por tanto, en el deseo de minimizar este modelo, que ha sido el tradicional, al menos en España desde el siglo XIX, y propiciar un modelo de empleo público más flexible y más adecuado para agilizar la gestión de los recursos humanos. Por el contrario, la opción por el modelo funcional ha estado presidida por la idea de que la realización de las funciones públicas ha de reservarse a personal sometido a estatuto especial”*.

“En la Administración Local”, continúa afirmando CORRAL VILLALBA, *“a diferencia de lo que sucede en otras Administraciones, el Legislador ha optado por abrir la laboralización del empleo público local, debido a que la mayor parte de la actividad local es de prestación de servicios al público y éstos consisten en gran medida en actividades próximas a las que realiza el sector privado”*.

De acuerdo con este espíritu del Legislador y la tendencia imperante en los últimos años, no sólo se han conseguido unas ratios muy superiores de presencia de personal laboral en la Administración en su conjunto, especialmente, en la Local, frente a las de personal funcionario, sino que, además, se ha incrementado, exponencialmente, la presencia de la relación laboral temporal e interina, frente a la presencia de la relación laboral estable fija e indefinida.

Algún autor, por ejemplo, el Catedrático MERCADER UGUINA, ha llegado a afirmar que ***“nada hay más estable en el empleo público que la temporalidad”***, en clara alusión a la figura objeto de análisis: *“el indefinido no fijo”*. *“No extraña por ello que”*, continúa afirmando, *“en términos poco amables, la literatura político sociológica y la ciencia de la Administración hayan venido considerando que el recurso a este tipo de personal constituye “una auténtica plaga” que amenaza con devorar los cimientos mismos sobre los que tradicionalmente se ha asentado el empleo público”*.

Antes de continuar, conviene centrar correctamente la cuestión precisando, en primer lugar, 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. Su clasificación se hace en virtud de la duración del contrato. De este modo, el personal laboral puede ser fijo, por tiempo indefinido o temporal y el contrato de trabajo puede ser realizado en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral.

No obstante, la contratación del personal funcionario y laboral en las Administraciones Públicas ofrece la peculiaridad de que debe atenerse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, artículo 55 del EBEP. Y, el artículo 61.7 del mismo texto

legal dispone que los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición o, concurso de valoración de méritos.

Cuando la contratación del personal laboral no se produce de forma regular o, se produce en fraude de ley, si la empleadora es una Administración Pública o, incluso, una empresa pública, aun resultando de aplicación, al ámbito del empleo público laboral, la legislación estatutaria, no cabe convertir la relación del trabajador en fija de plantilla, como sucedería en una empresa privada, en aplicación de dicha legislación laboral estatutaria, ya que ello implicaría dejar sin contenido alguno la exigencia derivada del principio constitucional de mérito y capacidad en una convocatoria pública (art. 103 de la Constitución). Es decir, las exigencias constitucionales han dado lugar a una Jurisprudencia que matiza la aplicación, en el ámbito del empleo público laboral, de las consecuencias generales derivadas de las contrataciones irregulares o fraudulentas.

De esta forma, la irregularidad de la contratación laboral no da derecho a la fijeza, pero el contrato, entonces, se considera “*indefinido no fijo*”.

Esta misma posición es la que se mantiene en supuestos de cesión ilegal o de encadenamiento de contratos, en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus Organismos Autónomos.

De hecho, las situaciones y actuaciones ilegales que originan el reconocimiento de la condición de personal indefinido no fijo son las siguientes:

- a) Encadenamiento de contratos temporales regulares;
- b) La cesión ilegal de trabajadores, antiguos contratos de asistencia técnica o los actuales contratos de servicio;
- c) Los contratos laborales interinos por vacante, por superación del plazo previsto para la convocatoria de la oferta pública de empleo establecido en el EBEP;
- d) La utilización de modalidades de contratos laborales en fraude de ley

El personal “*indefinido no fijo*” nace en el año 1996, como **creación jurisprudencial** de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, precisamente, para salir al paso de los fraudes cometidos, por las Administraciones Públicas, en la contratación del personal temporal. Es una doctrina especialmente diseñada para las Administraciones Públicas, en la medida en que la aplicación de la cláusula anti – abuso/anti – fraude del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores debería convertir en fijos a aquellos trabajadores formalmente vinculados por contratos temporales que, o bien superaban los límites máximos de duración, o bien carecían de causa justificativa de la temporalidad.

Por ello, desde el momento en que se creó esta figura ya se puso de manifiesto que, pese a su ilicitud, las irregularidades contractuales no pueden determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto resulta contrario a los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público -tanto funcional, como laboral- en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (STS 22-07-2013, recurso 1380/12).

La STS de 18-09-2014 justifica la figura del trabajador indefinido no fijo, precisamente, en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública.

No obstante, lo anterior, esta invención jurídica ha sido calificada, en numerosas ocasiones, como “*patología laboral*”, de las que es buen exponente el Magistrado D. José Joaquín PÉREZ-BENEYTO ABAD, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 6 de abril de 2010.

Para un buen número de autores, como por ejemplo FONDEVILA ANTOLÍN, en Gabilex, 1-03-2018, nº13, “*La temporalidad en el empleo público español es uno de sus mayores problemas, y una de sus peores consecuencias ha sido el reconocimiento judicial de la condición de empleados públicos “indefinidos no fijos”, al cual, de forma incomprensible e inconexa, se le ha otorgado un apoyo definitivo por medio de las previsiones de los artículos 8.2.c) y 11.1 del EBEP, que supone el reconocimiento legislativo de una figura que nace de una actuación ilegal no extrajurídica y resulta inadmisiblesu incorporación como una modalidad contractual*”.

En el apartado de las críticas a la citada creación jurisprudencial, destacan aquellas que inciden en la incertidumbre e inseguridad jurídica que genera, a los afectados, la constante labor de interpretación jurídica de la figura contractual, dependiendo del momento que corresponda. De igual forma, se considera que no cumple la función para la que se creó, dado que la Administración no procede a la cobertura de las plazas ocupadas por los empleados indefinidos no fijos en un tiempo razonable. Todo ello genera la existencia de grandes bolsas de empleo indefinido no fijo en un estado permanente de pendencia.

Con el devenir de los años desde su creación, suceden varios acontecimientos que descomponen la figura del “*indefinido no fijo*”, permitiendo su extensión a más supuestos y circunstancias de las inicialmente empleadas y previstas.

El primero de estos hechos viene dado por la Directiva Comunitaria 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, siendo importante el contenido de la cláusula 4ª relativa al principio de no discriminación y el de la cláusula 5ª relativo a las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de los contratos temporales.

Como tal Directiva Comunitaria, se estableció una fecha límite para que la misma fuera incorporada al ordenamiento jurídico nacional español, el 10 de julio de 2001, fecha a partir de la cual cualquier ciudadano podría invocarla de forma directa ante los Tribunales.

Del contenido de la citada cláusula quinta destacamos la obligación, impuesta a los estados miembros, a adoptar todas o alguna de las tres medidas siguientes en orden a evitar el uso abusivo o sucesivo de contratos temporales:

- a) Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) Fijación de una duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;

- c) Establecer el número máximo de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

El segundo acontecimiento, al que nos hemos referido, es la aprobación de dos disposiciones normativas muy relevantes a los efectos que nos ocupan. Por un lado, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, y por otro, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Ambas disposiciones, en sus respectivos ámbitos de aplicación, llevan a cabo la trasposición de algunos aspectos de la Directiva Comunitaria antes comentada.

La aprobación de estas disposiciones dio lugar a que se produjeran algunos tímidos intentos de limitar el uso y abuso de las contrataciones temporales por parte de las distintas administraciones, tanto respecto del personal laboral, como respecto del estatutario y funcionario. Son ejemplo de ello, el artículo 9.3 de la Ley 55/2003 y el art. 70 de la Ley 7/2007.

Y, resulta especialmente relevante, el contenido del artículo 8 del EBEP que contempla la figura del personal laboral por tiempo indefinido como una categoría diferente del fijo y del temporal. Es verdad, no obstante, que el EBEP no profundiza en ella y se limita a constatar su existencia, refiriéndose a él en alguna ocasión, por ejemplo, en el artículo 11 cuando establece que *“en función de la duración del contrato, este (personal laboral) podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”*.

No obstante, tal y como señala la Magistrada de la Sala IV (Social) del Tribunal Supremo, Excm.a. Sra. ARASTEY SAHÚN, *“la figura del indefinido no fijo tiene una incorporación de justificación dudosa en el EBEP. La referencia no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD 27-9-06), ni en el que el Congreso remitió al Senado (BOCG/S, 20-1-07). Fue consecuencia de las enmiendas en el senado por parte del grupo nacionalista vasco, según las cuales la adición tenía la finalidad de que «también el profesorado de religión esté contemplado en este artículo» (BOCG/S 21-2-07). Recuérdese que, según la LO 2/2006 de Educación, disp. adic. 3ª y el RD 696/2007 por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión, art.3, 4 y 6 d, estos profesores no son temporales, pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del EBEP art.61”*.

Pero, tal y como se ha señalado anteriormente, éstos fueron unos tímidos intentos de frenar el uso y abuso de la contratación temporal en España, llegando a alcanzar, la misma, no obstante, tasas superiores al 30 % en la mayoría de Administraciones Públicas, especialmente, en la Administración Local. Frente a esta realidad, los distintos Tribunales en España fijaron su atención en el contenido, aplicación e interpretación de la referida Directiva Comunitaria, realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En este contexto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, asunto C-94/14, declara que la mera conversión de una relación contractual temporal en un vínculo indefinido no fijo, es una medida ineficaz de cara a evitar el uso abusivo de este tipo de contratación en los términos exigidos por la Directiva 99/70.

Al hilo de la referida Sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en distintas sentencias posteriores, reconoció el derecho del personal “*indefinido no fijo*” a ser indemnizado en el supuesto de producirse su cese por amortización de la vacante que el trabajador ocupaba y, más tarde, también se lo reconoció en los supuestos de ocupación, por parte del titular, de la plaza, tras superar el correspondiente proceso reglamentario de provisión o cobertura del puesto de trabajo. En ambos casos, como posteriormente veremos, la evolución del pronunciamiento sobre las consecuencias económicas y su cuantificación, derivadas del cese, han resultado dispares.

La Disposición Adicional Decimoquinta del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, dispone, que el límite al encadenamiento de contratos temporales surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

En todo caso, lo sustancial, a los efectos de lo que ahora nos ocupa, es, que un “*indefinido no fijo*” es un empleado público, ya que esta categoría no existe en el ámbito de contratación de la empresa privada, que, tras ser víctima de algún tipo de abuso en su contratación temporal, por duración excesiva o concatenación de contratos o nombramientos, reclama judicialmente el reconocimiento de esta condición y obtiene una resolución judicial que le reconoce como tal.

La Doctrina Laboralista y Administrativista ha venido en calificar esta figura como una creación híbrida entre un trabajador temporal y un trabajador fijo, fundamentalmente por no tener plaza en propiedad. El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de marzo de 2017, considera el “*indefinido*” como una categoría claramente diferenciada del “*temporal*”.

Por regla general, un empleado público obtiene el reconocimiento de su condición de “*indefinido no fijo*” por dos razones:

- la existencia de una necesidad estructural, no reconocida por la Administración correspondiente, que se ha venido cubriendo con contrataciones o nombramientos temporales sucesivos en fraude; y
- el mantenimiento de un trabajador ocupando una plaza vacante y, por tanto, ya reconocida como estructural, más allá del plazo máximo de tres años establecido legalmente en el EBEP.

En el supuesto de reconocimiento de la condición de “*indefinido no fijo*” por declaración de existencia de una necesidad estructural en la Administración que

corresponda, surge la obligación, para la Administración, de dotar y crear la plaza para su posterior cobertura reglamentaria, quedando el trabajador indefinido no fijo, mientras tanto, vinculado a la plaza de nueva creación.

En el caso de reconocimiento del trabajador *“indefinido no fijo”* que ocupa una plaza vacante, al existir ya la plaza en estructura, queda vinculado a ella tal cual lo estaba interinamente.

Como punto intermedio de toda esta evolución de la temporalidad en el empleo público, es precisa la referencia a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que aborda la regulación del funcionariado interino, añade una previsión sobre los principios aplicables a la selección de personal laboral en régimen de temporalidad y, establece unas medidas para controlar la temporalidad, sea esta funcionarial o laboral, en el empleo público.

Dicha norma es o, al menos, pretende serlo, una respuesta al fenómeno de la temporalidad y a sus nocivas consecuencias, a las que nos hemos referido anteriormente y a las que también se refiere la propia exposición de motivos de la ley: *“... la evolución del empleo en el sector público en España viene marcada por el aumento de la tasa de temporalidad, que ha llegado al extremo de que casi un treinta por ciento de los empleados públicos en España tienen o han tenido un vínculo profesional temporal con la Administración Pública la realidad nos ha mostrado un constante y sostenido aumento de la tasa de empleo temporal. Esta situación puede atribuirse a varios factores”*.

La norma tiene como antecedente, de contenido prácticamente idéntico, el Real Decreto Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Ambas normas se inspiran en principios clásicos del derecho regulador del empleo público, si bien, no siempre seguidos, ni cumplidos, por las distintas administraciones: la apuesta por lo público; la profesionalización del modelo; y, el impulso de una adecuada planificación de los recursos humanos de la Administración Pública.

Tienen, también, muy presentes, las referencias normativas y jurisprudenciales, a las que antes nos hemos referido. Muy especialmente, la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Y se refieren a los pronunciamientos del TJUE que eliminan cualquier posibilidad de transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. La ley persigue combinar los efectos que se derivan de la normativa y pronunciamientos jurisprudenciales europeos con el cumplimiento estricto de los principios que rigen el acceso al empleo público de igualdad, mérito y capacidad.

En este sentido, la adición del apartado 3 del artículo 11 del EBEP es esclarecedora: *“Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad,*

teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia”, si bien, redundante de lo ya establecido en el artículo 55 y en la Disposición Adicional Primera de la misma norma.

Quizás, la cuestión más destacada de la nueva regulación esté en la redacción de la nueva Disposición Adicional decimoséptima del EBEP, que viene a establecer una atribución de responsabilidad, a las Administraciones Públicas, en el cumplimiento de las previsiones contenidas en la norma, de forma especial, “por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal”, si bien, con excesiva ambigüedad e indeterminación en cuanto a las características de la citada responsabilidad: “... las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”.

Otro apartado relevante de la nueva regulación es el reflejado en el apartado 3 de la citada Disposición Adicional Decimoséptima, relativa a los “plazos máximos de permanencia como personal temporal”, que vendrán determinados en la respectiva normativa contractual de aplicación sin que quepa establecer un plazo único. Por otro lado, la norma deja sin virtualidad cualquier acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria que suponga el incumplimiento de citado plazo máximo de permanencia, por lo que se anula la aplicación de condiciones más beneficiosas, pactos, acuerdos o convenios colectivos que dispusieran sobre el particular, estableciendo su nulidad, con el respeto y las garantías establecidas a favor de la persona que trabaja en régimen temporal y supera el plazo máximo de permanencia, básicamente, abono de una indemnización cuando se cesa en el trabajo, materia del siguiente apartado.

3.- LA EXTINCION DE LA RELACION LABORAL DEL INDEFINIDO NO FIJO

Como ya se ha puesto de manifiesto, con motivo de la exposición sobre el momento de creación de la figura del personal indefinido no fijo, ha sido reiterado en el tiempo, que, pese a su ilicitud, las irregularidades contractuales no pueden determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto resulta contrario a los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público -tanto funcional, como laboral- en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

En consecuencia, el empleado público “indefinido no fijo” puede ser cesado ya que no es propietario de plaza alguna y no ha superado un proceso selectivo para adquirirla de forma fija. Ahora bien, a diferencia con otras figuras de contratación temporal, el “indefinido no fijo” solo podrá ser cesado en supuestos muy concretos y cumpliendo una serie de requisitos formales ineludibles.

No obstante, lo anterior, se ha de remarcar, que, durante la vigencia y desarrollo de una contratación indefinida no fija, las condiciones laborales relativas a jornada de trabajo, retribuciones, incluida la de la antigüedad, o mejoras voluntaria de la Seguridad Social, son iguales a las que corresponden a un trabajador fijo de plantilla, con algunas importantes matizaciones (- exclusión del indefinido no fijo de los procesos de provisión

de puestos de trabajo; - exclusión de los procesos selectivos en los que los requisitos de igualdad, mérito y capacidad se adecúan a los aspirantes internos; - prioridad de permanencia del personal laboral fijo en los procesos por despido objetivo; y - readmisión del personal laboral fijo en los despidos disciplinarios improcedentes), mientras que, al contrario, las causas de extinción concretas por las que puede ser cesado, son similares a las previstas para el contrato temporal de interinidad.

En dicho contrato es causa de extinción la concurrencia del hecho jurídico que le sirve de causa, variable en función del tipo de interinidad de que se trate: por sustitución o por vacante.

En consecuencia, los trabajadores indefinidos no fijos podrán ser cesados, lícitamente:

- cuando la plaza que están ocupando sea cubierta previa tramitación del procedimiento reglamentario en el que se respeten los principios establecidos al efecto, publicidad, mérito y capacidad o,
- cuando la plaza que están ocupando sea amortizada siguiendo, también, el trámite y formalidades reglamentarias, habiendo señalado la Jurisprudencia que éstas son las coincidentes con las exigencias y requisitos previstas para poder llevar a cabo la tramitación de los despidos objetivos y de los despidos colectivos.

3.1.- Cese por cobertura definitiva de la plaza.

En el caso de interinidad por sustitución de un trabajador con derecho a la reserva del puesto de trabajo, la extinción de la relación laboral se produce:

- por reincorporación del trabajador sustituido o cuando, sin haberse incorporado, se agote el derecho de reserva de su puesto de trabajo;
- por vencimiento del plazo legal o convencionalmente previsto, sin la reincorporación efectiva del trabajador sustituido (por ejemplo, por muerte, jubilación o invalidez), ya que en este caso no se trata de un contrato sometido a una condición resolutoria sino a término;
- por desaparición de la causa que dé lugar a la reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido, siempre que se trate de supuestos que admiten la suspensión o la interrupción de la relación laboral, o de aquellos otros en los que el derecho a la reserva del puesto de trabajo haya sido pactado entre el trabajador y la Administración Pública (ET art.45.1.a y b).

En el supuesto de interinidad por vacante, el Tribunal Supremo ha configurado un régimen específico de extinción del contrato de interinidad cuyos rasgos son:

- En cuanto a su **naturaleza**, se trata de un contrato temporal de duración indeterminada, pero en el que consta que el término pactado llegará cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla, no estando prevista en nuestro ordenamiento cualquier

otra causa de extinción. De esta manera, se produce un cambio de criterio jurisprudencial y los contratos de interinidad pasan a configurarse como contratos sujetos a término y no a condición resolutoria, tal y como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014, recurso 207/2013.

- La simple **amortización** de una plaza vacante no conlleva la extinción de los contratos de interinidad por vacante, incluso, cuando se haya aprobado una nueva relación de puestos de trabajo. Para poder extinguir los contratos, la Administración Pública debe acudir a la vía del despido por causas objetivas, artículos 51, 52. c) y Disp. Adicional 16ª del E.T., cual se recoge en la sentencia anterior de 24 de junio de 2014 y en la de 17 de julio del mismo año.

En el supuesto de los trabajadores indefinidos no fijos, aunque medie en la contratación circunstancias determinantes de su irregularidad, tales como, temporalidad ilegal o fraudulenta o, cesión ilegal de trabajadores, se debe apreciar la causa legal de extinción del artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, cuando la plaza ocupada por el empleado público indefinido no fijo resulta cubierta por un participante en el proceso de selección de dicha plaza, respetándose el cumplimiento de los principios constitucionales de acceso a la función pública.

Por lo tanto, para que sea posible el cese del “indefinido no fijo” por cobertura de la vacante que viene cubriendo, será necesario que la Administración cumpla previamente una serie de formalidades y que garantice, en todo caso, el derecho del indefinido a poder obtener en propiedad la plaza que viene cubriendo.

El requisito formal básico es que el “indefinido no fijo” debe ser advertido previamente, por parte de la Administración, de que la plaza que ocupa se ha incluido en un proceso selectivo, de modo que pueda presentarse al mismo y obtener en propiedad la plaza que viene cubriendo. La Administración está obligada a acreditar que la plaza que ocupa el indefinido no fijo es una de las vacantes incluida en un proceso selectivo.

Además, como ya se ha expuesto, se debe garantizar el derecho del “indefinido no fijo” a poder obtener en propiedad la plaza que viene cubriendo, pues de lo contrario no habría una “sanción” lo suficientemente efectiva contra la Administración fraudulenta, en los términos establecidos por la Directiva 1999/70, de modo que esta no alcanzaría su efecto útil.

En consecuencia, con ello, el respeto impuesto a estas formalidades determina, por ejemplo, que el indefinido no puede ser cesado por un fijo en concurso de traslados, del mismo modo que no puede ser cesado en un proceso de promoción interna. Estos procesos, en la medida en que se reservan para el personal fijo, excluyen al indefinido, y en consecuencia no son un mecanismo válido para justificar un cese. Así se recoge en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2017 y en la de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 2 de enero de 2015.

De la misma forma, el cese de un trabajador indefinido no fijo, fundado en la ocupación de la plaza de funcionario a la que indebidamente estaba adscrito, ha sido considerado como despido improcedente. Es el caso que analiza la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2018.

Este tipo de extinción, como se ha visto, se lleva a cabo sin necesidad de recurrir a los cauces previstos para el despido objetivo, artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, siendo suficiente la denuncia de la Administración empleadora sobre el proceso de cobertura y la afección al contrato.

Lo sustancial, la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupa el trabajador indefinido no fijo es una causa que extingue, válidamente, el contrato de trabajo.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de enero de 1998, recurso 317/1997, señala, tras realizar un completo análisis de la Jurisprudencia, lo siguiente:

*“A partir de estas consideraciones hay que examinar la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla a que se refiere la doctrina de la Sala a la que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico segundo. El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, **está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.**”*

Por todo ello no pueden apreciarse las infracciones que denuncia el recurso. Las irregularidades existentes en la contratación no pueden determinar la declaración de fijeza en la plantilla que es lo que se solicita en la demanda. El reconocimiento de las irregularidades de la sentencia recurrida no llevaría en este caso a consecuencias prácticas distintas a las que se derivan de la situación derivada del último contrato, pues, como señala la sentencia recurrida, los actores ya han alcanzado, a través del contrato de interinidad, la garantía de su empleo hasta la cobertura del puesto que desempeñase.”

Otras sentencias de la misma Sala se ocupan del asunto, 21-01-1998; 17-01-2000; 27-05-2002; 3-06-2004 y 10-02-2010 y, en todas ellas, se tratan supuestos, en que se ha producido la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupa el trabajador indefinido no fijo y, en los que concurre, por tanto, una causa lícita para extinguir el contrato de estos trabajadores, afectando no solo a los de nuevo ingreso, sino también a los de reingreso y los que tengan lugar por otros procedimientos reglamentarios de provisión de puestos de trabajo.

En este último sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 8 de octubre de 1999, recurso 3321/1999, analiza el despido de una empleada cuyo cese se produce por la cobertura de la plaza provocada por el reingreso de un excedente con derecho a ocupar la plaza y, en consecuencia, se da el supuesto que preveían las SSTs que consagran la distinción entre trabajador indefinido y

trabajador fijo de plantilla, negando tal condición a los trabajadores irregularmente contratados por la Administración y, negando, en suma, el despido.

En definitiva, tal y como se afirma en la S.T.S., Social, de 15-10-2015, recurso 2869/2014, producida la provisión de la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo en la forma legalmente procedente, se extingue el contrato de trabajo de forma regular:

“La sentencia sostiene que la actora fue declarada indefinida no fija por sentencia y la demandada, aun recurriendo dicha resolución judicial, le asignó un código a la plaza que venía desempeñando de redactora, al haber pactado con los sindicatos que las plazas de los indefinidos se considerarían estructurales y por lo tanto debían pasar a cobertura reglamentaria, la cual es causa de extinción del contrato de trabajo del indefinido no fijo tal y como resulta de reiterada doctrina según la que no cabe entender que exista despido, sino que la extinción del contrato fue válida al producirse por la no superación, por parte de la demandante, del proceso de consolidación de empleo temporal creado, precisamente, con el objetivo de cubrir las plazas con personal fijo, conforme a los principios de igualdad mérito y capacidad. Concluyendo, que la cobertura reglamentaria de la plaza justifica la extinción del contrato de un indefinido no fijo, que es lo acontecido.”

En el supuesto de que se produzca la incorporación reglamentaria de varios trabajadores, aunque quedara alguna plaza vacante, también se accede a la extinción del contrato de trabajo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 5 de diciembre de 2002, recurso 2678/2002, así lo declara:

“Por tanto la situación a valorar a tenor de los hechos probados consiste en que se ha procedido a extinguir el contrato de dos trabajadores con relación laboral indefinida - el demandante en estos autos y otro - en virtud de la incorporación de dos trabajadores que han superado las pruebas correspondientes a las que el actor no se ha presentado, y que existe una tercera vacante, pues la convocatoria comprendía tres plazas y solamente han aprobado dos personas. En estas circunstancias tampoco el hecho de que exista esa tercera vacante no cubierta puede considerarse indicio de represalia por no haber decidido la demandada que el actor continuara, no existiendo razón alguna para que él o el otro trabajador con relación indefinida debiera continuar en esa plaza, ni se podría haber preferido a uno en lugar de otro, pues en todo caso debería cesar al menos uno de los dos, ya que se han cubierto dos plazas de las tres que había”.

No obstante, esta Doctrina ha sido matizada admitiéndose, que la extinción sólo se produce, si se ocupa efectivamente la plaza del trabajador indefinido. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social, en su Sentencia de 31 de mayo de 2007, recurso 171/2007, manifiesta al respecto:

“A la vista de tales circunstancias queda claro, como apreció acertadamente la Magistrada de instancia, que la Corporación empleadora no ha acreditado que la plaza que ocupaba el Sr. Guillermo (a la cual no se ha

asignado ninguna numeración en la correspondiente RPT) fuera precisamente una de las vacantes cuya cobertura mediante concurso oposición fuera convocada por la Resolución 2.950/2005 (publicada en el BOP de Las Palmas de 25 de febrero de 2005), máxime cuando tras la celebración del referido procedimiento selectivo aun quedaron otras trece plazas de Inspector en situación de vacante. Tal falta de concreción coloca al actor en situación de total indefensión a la hora de defender su puesto de trabajo y es contraria a derecho.

El hecho de que aun después de celebrado el procedimiento selectivo queden nada menos que trece vacantes de Inspector por cubrir en la plantilla del Servicio de Recogida de Basuras del Ayuntamiento de Las Palmas evita a la Sala entrar a valorar la circunstancia, a todas luces contraria a la naturaleza jurídica de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla de las Administraciones Públicas, de que sea un acuerdo entre la Corporación empleadora y el Comité de Empresa el que decida que plazas hayan de ser ocupadas por los futuros titulares que superen las pruebas de selección”.

Este grado de concreción e identificación de las plazas, a proveer en la forma legalmente procedente, ha sido también exigido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la cual ha considerado, que, tanto en ese supuesto, como en aquél en el que existan otras plazas de la misma categoría sin cubrir, no estamos ante una cobertura reglamentaria de la plaza, no pudiéndose entender, en ese caso, que concurra la causa de extinción del contrato.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2017, recurso 53/2015, considera, en un supuesto de extinción contractual, que la falta de identificación de la plaza no sólo se da respecto de la convocatoria para su cobertura, sino también respecto a la situación de la trabajadora, de la cual sólo resulta acreditado la prestación de servicios en determinada categoría profesional y centro de trabajo. Estas circunstancias, concluye el Tribunal, no permiten afirmar que la superación del concurso por otro trabajador implique cubrir una plaza que esté ocupada por la demandante, lo que justifica la declaración de improcedencia del despido.

3.2. Cese por amortización de la plaza ocupada.

En este caso se ha de concluir, que cuando se produce la amortización de la plaza ocupada por el trabajador “indefinido no fijo”, no se produce una extinción automática del contrato, a diferencia de lo sucedido en el supuesto de cobertura reglamentaria de la plaza.

Para que una plaza ocupada por un “indefinido no fijo” se pueda amortizar, la Administración deberá acreditar, de forma fehaciente y objetiva, que la necesidad estructural, que el indefinido fijo venía cubriendo, ya no existe.

En todo caso, la Jurisprudencia considera preciso seguir, en caso de amortización de una plaza vacante ocupada por un trabajador “indefinido no fijo”, el procedimiento establecido para los supuestos de despido objetivo por causas económicas, técnicas,

organizativas o de producción o, en su caso, para el despido colectivo, artículos 51 y 53 del Estatuto de los Trabajadores.

La extinción de este tipo de contratos por amortización de plaza, debe ser considerada y sumada, a los efectos de cómputo, a otros despidos, a los efectos de declarar el despido como colectivo, a diferencia de lo que sucede con las extinciones de los contratos temporales, que no son considerados, ni sumados, para el citado cómputo, siempre que se produzcan, tal y como dispone el artículo 51.1 en relación con el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, por expiración del tiempo convenido.

Lógicamente, de seguirse dichos trámites reglamentariamente, las consecuencias económicas indemnizatorias serán las previstas y que correspondan para ese tipo de despido.

De no seguirse el trámite indicado, habiéndose producido la amortización de una plaza vacante ocupada por un indefinido no fijo, el cese o despido habrá de ser calificado como nulo.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 24 de junio de 2014, recurso 217/2013, se revoca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, estimando las alegaciones de los recurrentes sobre nulidad del despido colectivo por no haberse observado, previamente, los trámites del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, en un supuesto de despido de trabajadores por amortización de plazas vacantes ocupadas por éstos:

“Las precedentes consideraciones, llevan a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de esta Sala que se han citado en el apartado 2 de este fundamento de derecho tercero (SSTS 8-6-2011; 22-7-2013; 23-10-2013 y 13-01-2014), al entender que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52-c) del E.T.. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva R.P.T., supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva R.P.T. tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos.

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso nos lleva a estimar los recursos y a anular las decisiones extintivas impugnadas en este procedimiento por no haberse seguido los trámites del artículo 51-2 del E.T., conforme dispone el art. 124-9 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”.

De dicha Sentencia y de otras posteriores se deduce también, que la Jurisprudencia que obliga a seguir el trámite del despido colectivo en un caso de amortización de plazas de indefinidos no fijos por parte de un Ayuntamiento, cuando se supera el umbral numérico legalmente establecido, debe aplicarse con independencia de la fecha de extinción del contrato. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 4 de mayo de 2017, recurso 1050/2015, declara:

“La cuestión principal que suscita el presente recurso de casación unificadora, resuelta ya por el Pleno de la Sala en la sentencia nº 271/2017, de 30 de marzo (rcud. 961/15), estriba en determinar si cabe la amortización de plazas de empleado laboral indefinido no fijo por parte de un Ayuntamiento sin necesidad de acudir a la justificación de la existencia de las causas previstas en el artículo 51 ET cuando se superan los umbrales previstos en esa norma, y si el criterio interpretativo que se adoptó en la STS de 24 de junio de 2014 (rcud. 217/2013) resulta aplicable a situaciones abordadas con posterioridad a ese momento, aunque se trate de ceses colectivos llevados a cabo antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012.

En el presente caso, pues, según ya hemos anticipado, la solución del problema planteado en el recurso de los actores ha de ser la misma, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, porque la extinción de sus contratos de trabajo, como dijimos en la STS nº 271/2017, " se produjo en el marco de una decisión extintiva que alcanzó a un número de trabajadores por encima de los umbrales previstos en el número 1 del artículo 51 ET, de tal forma que al no haberse seguido los trámites previstos en el mismo, el artículo 124.11 LRJS impone la declaración de nulidad de los despidos..., tal y como sostuvo la sentencia de instancia, lo que exige la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación para desestimar el mismo y confirmar la sentencia de instancia que declaró la nulidad de los ceses" (FJ 2º in fine)”.

3.3. Consecuencias de la extinción. Indemnización, readmisión.

La declaración del derecho a percibir una indemnización en los supuestos de extinción de la relación laboral de un indefinido no fijo es, ciertamente, una cuestión poco pacífica, tanto en la Doctrina, como en nuestros Tribunales y, lo es, aún en menor medida, el quantum al que debe ascender esa indemnización, la fijación del parámetro y base de su cálculo.

Los Tribunales han llegado a reconocer una indemnización a favor del laboral indefinido no fijo, en los supuestos en los que, a pesar de la legitimidad del cese, éste se ha producido, bajo argumento y justificación de utilización abusiva de los contratos temporales, con el requisito de que fuera expresamente reclamado en la demanda.

Ejemplo de ello son las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 15-10-2015, la de 4-2-2016 y 7-11-2016, entre otras muchas. En la de 04 de febrero de 2016, recurso 2638/2014, que analiza un supuesto de extinción reglamentaria de contrato de trabajador indefinido no fijo por adjudicación de la plaza en proceso de consolidación, podemos leer:

“En el supuesto de autos, se ha llevado a cabo un proceso reglamentario con respeto de los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad que ha conducido al nombramiento para la plaza ocupada por el actor

de la persona que ha superado esas pruebas y a la extinción del contrato de trabajo de quien la ocupaba hasta entonces, precisamente por una causa, que era la que válidamente podía producir los efectos legales extintivos, sin que esa decisión pueda por tanto ser calificada de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET.

Por ello, en el caso que ahora resolvemos de lo razonado hasta ahora se desprende que, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la demandante habrá de ser desestimado, desde el momento en que el cese se ajustó a derecho y esa decisión no constituyó despido, **si bien procede establecer como consecuencia de ese cese la indemnización legalmente prevista de ocho días por cada año de servicio prestado por el demandante, en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 49.1 c) y en la manera que se establece en Disposición Transitoria 13^a del Estatuto de los Trabajadores en la redacción vigente a la fecha de extinción de contrato**”.

Este criterio ha sido posteriormente modificado por el propio Tribunal Supremo y ha establecido que la indemnización, que lleva aparejada el supuesto señalado ha de ser de 20 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades, concurriendo el resto de requisitos citados anteriormente.

Son exponente de este nuevo criterio las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28-3-2017 y 9-5-2017, entre otras. En la Sentencia de 28 de marzo, en un supuesto de cese por cobertura de plaza ocupada por personal laboral indefinido no fijo, el Pleno del Tribunal Supremo aplica la indemnización de veinte días por año de servicio propia de las extinciones contractuales por causas objetivas, en lugar de la que venía aplicando, prevista para la contratación temporal, por considerarla insuficiente. Justifica también, que el vacío normativo existente al respecto no justifica la equiparación entre el trabajador indefinido y el temporal, como se venía haciendo hasta ahora. De dicha sentencia se extrae el siguiente contenido de interés:

“El recurso del Abogado del Estado plantea un solo motivo, relativo a la forma de fijar la cuantía indemnizatoria: si acudiendo al parámetro de 8 días por año de servicio o al de 20 días, según resulten de aplicación los artículos 49-1-c) o el 53-b) del ET. Como sentencia contradictoria trae la dictada por la misma Sala de Madrid el 26 de mayo de 2014 (RS 148/2014), dictada en procedimiento de despido seguido frente a la recurrente.

La cuestión que se plantea viene siendo objeto de múltiples controversias, la mayoría de ellas ya abordadas por esta Sala IV del Tribunal Supremo que ya ha sentado doctrina y, establecido criterios a los que se debe estar con relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, habiéndose resuelto que corresponde el abono de la indemnización al art. 49-1-c) del ET.

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso nos llevaría a estimar el recurso del Abogado del Estado, como hemos hecho en supuestos

anteriores. No obstante, un examen más profundo de la cuestión, nos obliga a replantearnos la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en estos casos y a fijar un nuevo criterio cuantitativo/....

... /... Porque, cual se deriva de lo señalado, la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál 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 art. 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/...

---/--- 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”.**

Y, sobre este giro jurisprudencial, se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 25 de octubre de 2018, recurso 3737/2017, supuesto de extinción del contrato de un indefinido no fijo, citando Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al afirmar:

“Si tenemos en cuenta que la relación se inicia en julio 2008 y se extingue el 30-11-16 (esto es, 8 años y cuatro meses después) al amparo del art. 49.1.b ET sin abono de indemnización alguna. Reconocida la indemnización de 8 días en la instancia, la Administración empleadora recurre pretendiendo el que se diga que no hay derecho a indemnización. La actora también recurre pretendiendo mayor indemnización, concretamente 20 días por año de servicio.

Nos encontramos en la cuarta fase de la evolución jurisprudencial sobre la naturaleza de los indefinidos no fijos, y así en la STS 2 de abril 2018, rec. 27/2017, se ha vuelto a incidir sobre la naturaleza jurídica de este colectivo, los indefinidos no fijos, omitiendo el TS por completo su doctrina sentada en STS 28 de marzo 2017, rec. 1664/2015, y vuelve a calificarlos como temporales, calificación que es acorde con la doctrina Vernaza Ayovi-STJUE 25 de julio 2018- en la que el TJUE (al igual que en el caso Huétor Vega) **confirma la naturaleza temporal de los indefinidos no fijos a los ojos de la Directiva 1999/70.**

Calificado el contrato como temporal la cuestión a dilucidar es el quantum de la indemnización, 8 o 20 días, por año de servicio”.

Concluye la Sala, que, en congruencia con lo precedente, refiriéndose a la doctrina del TJUE en el caso Huétor Vega (Auto 11 de diciembre 2014, C-86/14) que también

califica a los indefinidos no fijos como contratos de duración determinada, es de aplicación la Jurisprudencia fijada en la STS 7 de noviembre 2016, recurso 766/2016: la indemnización que procede en caso de cobertura reglamentaria de la plaza de un indefinido no fijo es la prevista en la DT 13ª ET, hoy DT 8ª, concretándola en 8 días según la escala de la citada disposición transitoria.

En conclusión, del resumen de las distintas posturas doctrinales y fallos jurisprudenciales habidos sobre la materia, la posición más generalizada es la que se refiere a que la extinción derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto de trabajo, como consecuencia del resultado de un proceso selectivo, seguido bajo los principios constitucionales de acceso a la Función Pública, genera el derecho del trabajador a ser indemnizado con la cantidad equivalente a 20 días de salario por año de trabajo con límite de doce mensualidades, coincidente con la indemnización prevista para los supuestos de despido por causas objetivas, razonando que el tipo contractual no es coincidente con el contrato temporal, lo que impide la aplicación del artículo 49.1.c), siendo, además, necesario reforzar el monto de la indemnización acudiendo a razones de equidad.

En cuanto a la extinción por amortización de la plaza vacante ocupada por el indefinido no fijo, debiéndose tramitar por los cauces previstos para el despido objetivo o el despido colectivo, artículos 51 y 53 del Estatuto de los Trabajadores, según proceda, corresponderá el reconocimiento del derecho a ser indemnizado en la cantidad fijada en tales preceptos legales.

Si la tramitación del proceso de cese del empleado indefinido no fijo, por amortización de plaza, se desarrolla sin cumplir las formalidades previstas y sin seguir el trámite indicado para el despido objetivo individual o colectivo, el pronunciamiento correcto es el de calificar, el primero como improcedente (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 19-07-2017, recurso 3255/2015) y, el segundo como nulo (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18-09-2017, recurso 514/2015).

Si la tramitación del proceso de cese del empleado indefinido no fijo, por cobertura reglamentaria de vacante, se desarrolla sin cumplir las formalidades previstas o no concurren las circunstancias debidas en cuanto al proceso de cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, con declaración del despido como improcedente, se deberá estar a las consecuencias jurídico económicas anudadas legalmente a tal pronunciamiento.

En ese caso de despido improcedente, la calificación del trabajador como indefinido no fijo permite a la Administración optar entre la readmisión y la indemnización correspondiente, no quedando limitada su posibilidad a la indemnización si no se vulneran los principios constitucionales de acceso a la función pública.

Así lo dice la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de junio de 2004, recurso 1466/2003, en la que la Sala señala que la readmisión del demandante como fijo de plantilla sería inaceptable por contradictorio con las exigencias legales y constitucionales sobre contratación por parte de las Administraciones Públicas, pero la readmisión como indefinido no fijo no repugna a aquellos principios ya que en cualquier caso el trabajador no ocupará nunca una plaza de las recogidas en la correspondiente

relación de puestos de trabajo y la Administración que optara por la readmisión podría prescindir en el futuro de ese mismo trabajador por cualquier otra causa legal.

Además, mediante convenio colectivo puede ampliarse o limitarse el ejercicio y las condiciones del derecho de opción entre indemnización o readmisión, aunque la causa de la declaración de improcedencia del despido resida en considerar no adecuada la contratación temporal realizada. Y puede, igualmente, disponerse que la opción entre readmisión o indemnización corresponda al trabajador.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2009, recurso 78/2008, en la que la Sala revoca la decisión de opción, entre readmisión y despido, que la Sentencia de instancia concedió al Ayuntamiento, reconociéndosela a la demandante, con relación laboral indefinida declarada antes del despido, en virtud de lo acordado y dispuesto por el convenio colectivo aplicable al Ayuntamiento, con independencia del tipo de contrato que tenga el trabajador, sin que por ello se infrinja lo dispuesto en el artículo 96.2 del EBEP.

A diferencia del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, el EBEP art. 96.2 establece, expresamente, las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido disciplinario del personal laboral fijo, indicando, como único efecto posible del reconocimiento de la improcedencia el de la readmisión. Con ello se entiende que ese personal habrá acreditado los requisitos necesarios para el acceso al empleo público y, por tanto, no cabría ofrecer a la Administración la posibilidad de poner fin a la relación ilícitamente mediante el abono de una indemnización.

Ahora bien, esa previsión legal está limitada exclusivamente a los despidos disciplinarios, adoptados tras la previa incoación de expediente contradictorio, y siempre que el trabajador despedido tenga la condición de fijo, siendo múltiples los supuestos que se escapan a dicha previsión.

Por otra parte, como ya hemos visto, son numerosos los convenios colectivos de Administraciones Públicas que tienen establecida la opción entre readmisión o indemnización en favor del trabajador. En tales supuestos, deberá estarse a lo establecido en el convenio.

En todo caso, el artículo 96.2 del EBEP, no contempla la situación del personal temporal, ni del indefinido no fijo y, en consecuencia, sólo respecto de los trabajadores fijos se impone esa cláusula de estabilidad.

La Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, dispone, con motivo de la adición de la nueva Disposición Adicional Decimoséptima al EBEP, que, tanto para el personal funcionario interino, como para el personal laboral temporal, el incumplimiento del plazo o plazos máximos de permanencia, dará derecho a percibir una “*compensación económica*”.

En el caso del personal laboral temporal, la citada compensación económica se generará sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica.

La compensación económica consistirá, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a percibirla nacerá a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. Y, no habrá lugar a la compensación en caso de la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario procedente o por renuncia voluntaria.

No han tardado en llegar las primeras críticas a la nueva regulación y a la nueva compensación económica, a la que se llega a calificar de inoperante, en la medida en que se mantenga la figura del personal indefinido no fijo, con la única salvedad que para devengar esta compensación no es necesario presentar reclamación alguna, con una posible disminución de la litigiosidad, al atribuirse ex lege la misma consecuencia patrimonial que comporta acudir a los tribunales.

Y ello, parece claro que es así, cuando tanto la indemnización por final de contrato del personal indefinido no fijo, como la compensación económica de la Ley 20/2021, responden a la misma finalidad: compensar los abusos en la contratación y, que ambas cantidades son compensables y no acumulables.

4. CONCLUSIONES

- Sobre la pérdida de la condición de empleado público el EBEP no recoge una regulación concreta, limitándose a realizar vagas referencias y remitiendo, de una forma genérica, al Derecho Laboral, en todo aquello no previsto en el propio estatuto.
- La presencia de personal laboral en el conjunto de las distintas Administraciones, especialmente en la Local, es muy superior a la de personal funcionario y, además, se ha incrementado, exponencialmente, la presencia de la relación laboral temporal e interina, frente a la presencia de la relación laboral estable fija e indefinida.
- En el ámbito de la Administración Pública, la irregularidad en la contratación laboral no da derecho a la fijeza, a diferencia de lo regulado en el ámbito estatutario, considerando el contrato como *“indefinido no fijo”*, creación jurisprudencial que pretende salir al paso de los fraudes cometidos por las Administraciones Públicas en la contratación del personal temporal.
- Un *“indefinido no fijo”* es un empleado público, que, tras ser víctima de algún tipo de abuso en su contratación temporal, por duración excesiva o concatenación de contratos, reclama judicialmente el reconocimiento de esta condición y obtiene una resolución judicial que le reconoce como tal.
- En respuesta al fenómeno creciente de la temporalidad en el conjunto de las Administraciones Públicas, se ha aprobado la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que aborda la regulación del funcionariado interino, añade una previsión sobre

los principios aplicables a la selección de personal laboral en régimen de temporalidad y, establece unas medidas para controlar la temporalidad, sea esta funcionarial o laboral, en el empleo público.

- Las causas de extinción por las que un “indefinido no fijo” puede ser cesado son similares a las previstas para la extinción del contrato temporal de interinidad, en función del hecho jurídico que sirve de causa al contrato y del tipo de interinidad de que se trate: sustitución o vacante.
- Los trabajadores indefinidos no fijos podrán ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento reglado en el que se respeten los principios de publicidad, mérito y capacidad.
- Lo podrán ser igualmente, cuando la plaza que ocupan sea amortizada por el cauce reglamentario que necesita completar las exigencias formales y materiales establecidas para los despidos objetivos o colectivos.
- Es determinante para la validez del cese del “*indefinido no fijo*” por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupan, que la Administración garantice su derecho a participar y poder obtener en propiedad la plaza que ocupan.
- La amortización de la plaza ocupada por el empleado público indefinido no fijo, no supone la extinción automática del contrato, siendo preciso que la Administración acredite que la necesidad estructural, que el indefinido fijo venía cubriendo, ya no existe, debiéndose proceder conforme se previene para los supuestos de despido objetivo o colectivo.
- La extinción del contrato del “*indefinido no fijo*” derivada del proceso de cobertura reglamentaria del puesto que ocupa, genera el derecho del trabajador a ser indemnizado, si bien no existe una posición jurisprudencial única sobre la fijación cuantitativa de dicha indemnización, siendo mayoritaria la que la fija en el equivalente a 20 días por año de servicio con límite de 12 mensualidades.
- En cuanto a la extinción por amortización de la plaza ocupada, el derecho indemnizatorio se establecerá por los cauces previstos para el despido objetivo o el despido colectivo.
- La Ley 20/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, dispone, con motivo de la adición de la nueva Disposición Adicional Decimoséptima al EBEP, que, tanto para el personal funcionario interino, como para el personal laboral temporal, el incumplimiento del plazo o plazos máximos de permanencia, dará derecho a percibir una “*compensación económica*” que tiene la misma finalidad que la indemnización por final de contrato del personal indefinido no fijo, siendo, ambas, compensables y no acumulables.

BIBLIOGRAFÍA

ARASTHEY SAHÚN, María Lourdes. “La precariedad en el empleo desde la perspectiva laboral: los fundamentos del empleo público y las consecuencias de las sentencias del TJUE”. *Actum Social* nº 131. Monográfico 2018.

- CORRAL VILLALBA, Juan. *Manual de Gestión del Personal de la Administración Local*. Civitas. 2000.
- DESDENTADO BONETE, A. “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?” *Revista de Información Laboral*, 10. 2018.
- FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge. “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionarios interinos, de la condición de “indefinidos no fijos””. *Gabilex*, número 13; 1-03-2018.
- ROQUETA BUJ, R. “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 442, 23-61. 2020.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio. “La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 28 de diciembre”. *El Derecho.Com*; 03/01/2022.