

*Revista Internacional y Comparada de*

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

*Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT*

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

*Directores Científicos*

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

*Comité Evaluador*

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Jorge Baquero Aguilar (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M<sup>a</sup> José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

*Comité de Redacción*

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Maddalena Magni (*Italia*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Francesco Nespoli (*Italia*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

# El contrato indefinido no fijo: ¿una medida eficaz para combatir el abuso de la temporalidad en el sector público?

Faustino CAVAS MARTÍNEZ\*

---

**RESUMEN:** El contrato indefinido no fijo es una figura creada por la jurisprudencia en la última década del pasado siglo, posteriormente acogida de forma incompleta, imprecisa y ambigua en la legislación estatal, con la que se pretende cohonestar el derecho a la estabilidad en el empleo que la regulación laboral reconoce a las personas contratadas temporalmente en fraude de ley con el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir el acceso a un empleo en el sector público. El presente estudio tiene por objeto exponer y analizar, desde un planteamiento crítico y propositivo, algunas cuestiones problemáticas de actualidad que inciden en la configuración jurídica del personal laboral indefinido no fijo, al calor de la jurisprudencia más reciente y de las reformas legislativas operadas en nuestro sistema de relaciones laborales por el RD-Ley 32/2021 y previamente por la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. En particular se reflexionará sobre si la categoría del indefinido no fijo constituye una medida eficaz para dar cumplimiento a los objetivos plasmados en la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, aprobado por la Directiva 1999/70/CE.

**Palabras clave:** Temporalidad, empleo público, indefinido no fijo, estabilidad en el empleo.

**SUMARIO:** 1. Introducción: surgimiento y justificación de la categoría del personal indefinido no fijo en el sector público. 2. La extensión de la figura del indefinido no fijo al sector empresarial público. 3. El interminable debate sobre la naturaleza jurídica del indefinido no fijo: ¿fijo, temporal o *tertium genus*? 4. La conversión del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por duración injustificadamente larga: el alineamiento de la doctrina judicial interna con la jurisprudencia europeo-unitaria. 5. Adquisición de la condición de personal laboral fijo por superación de un proceso selectivo, sin obtener plaza, con posterior contratación temporal en fraude de ley. 6. Consecuencias de la indebida adscripción del personal laboral indefinido no fijo a plaza funcionarial. 7. Derechos profesionales del personal laboral indefinido no fijo: ¿equiparación plena con los trabajadores fijos? 8. Reasunción de servicios públicos externalizados y mantenimiento de la fijeza laboral de origen. 9. Impacto de las últimas reformas legales en la pervivencia de la figura del indefinido no fijo. 9.1. Alcance y efectos

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia (España).

de la derogación parcial de la DA 15ª ET. 9.2. Compensación económica por incumplimiento de los plazos máximos de permanencia en el empleo público temporal y por cese derivado de la no superación de un proceso selectivo de estabilización: ¿canto del cisne del personal indefinido no fijo? 10. Valoración final. 11. Bibliografía.

## The Indefinite Non-Permanent Contract: an Effective Measure to Combat the Abuse of Temporary Employment in the Public Sector?

---

**ABSTRACT:** The indefinite non-permanent contract is a figure created by the Spanish jurisprudence in the last decade of the last century, subsequently accepted in an incomplete and ambiguous way in state legislation, with which it is intended to honour the right to job stability that labour regulation recognizes people temporarily hired in fraud of law with respect for the constitutional principles of equality, merit and ability that should preside the obtaining of a job in the public sector. The purpose of this paper is to expose and analyse, from a critical and proactive approach, some current problematic issues that affect the legal configuration of indefinite non-permanent workers, in the frame of the most recent jurisprudence and legislative reforms operated in our labour relations system by Royal Decree-Law No. 32/2021 and previously by Act No. 20/2021, on urgent measures to reduce temporary employment in public administrations. In particular, it will be discussed if the category of indefinite non-permanent contract is an effective measure to achieve the objectives set in 5<sup>th</sup> clause of the ETUC, UNICE, CEEP Framework Agreement on Fixed-term Work, approved by the Directive 1999/70/EC.

*Key Words:* Temporary work, public employment, indefinite non-permanent worker, job stability.

## 1. Introducción: surgimiento y justificación de la categoría del personal indefinido no fijo en el sector público

Como es sobradamente conocido, el contrato “indefinido no fijo” es una figura creada por la jurisprudencia en la última década del pasado siglo<sup>1</sup>, posteriormente acogida de forma tan imprecisa como polémica en el Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP, arts. 8 y 11), en la DA 34ª LPGE 2017 y en el Estatuto de los Trabajadores (DA 15ª, antes de su derogación parcial por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre), con la que se persigue armonizar el derecho a la estabilidad en el empleo que la regulación laboral atribuye a las personas contratadas irregularmente con el inexcusable respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que debe presidir el acceso a un empleo en el sector público, a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado en fraude de ley, y al margen de aquellos principios, por un entidad del sector público, adquiera directamente la condición de personal fijo en el puesto que venía desempeñando. Aunque la Constitución española únicamente refiere la necesaria observancia de los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública en su art. 103.3, la normativa sobre empleo público ha previsto que se apliquen también en los procesos selectivos para la cobertura de plazas de personal laboral (arts. 11.3 y 55.2 EBEP).

La figura del trabajador “indefinido no fijo” constituye así una verdadera *contradictio in terminis*, de modo que para el personal laboral temporal contratado irregularmente y/o en fraude de ley en la Administración Pública no rige la consecuencia de atribución de fijeza en el puesto de trabajo que se viniera desempeñando, sino únicamente su consideración como contratado por tiempo indefinido, con derecho a ocupar la plaza hasta que la misma se cubra por el procedimiento implementado al efecto o hasta que se decida su amortización. De este modo, la habitual identificación entre duración indefinida y fijeza que se aplica en el sector privado no opera en el ámbito del empleo público, donde se puede ser personal indefinido pero no fijo, como se comprueba en los arts. 8 y 11 EBEP, donde se clasifica al personal laboral en fijo, por tiempo indefinido y temporal. La incidencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el régimen de acceso a un empleo en el sector público justifican esta solución especial respecto de la general aplicable en estos casos cuando las mismas irregularidades se cometen en empresas del sector privado, sin que el TC haya advertido tacha de inconstitucionalidad alguna

---

<sup>1</sup> STS 7 octubre 1996 (rec. 3307/1995), STS 20 enero 1998 (rec. 317/1997) y STS 21 enero 1998 (rec. 315/1997).

en esta creación jurisprudencial<sup>2</sup>.

La principal circunstancia que provoca el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo es la suscripción fraudulenta de contratos de duración determinada, de forma originaria o sobrevinida por concatenación abusiva de aquellos. El TJUE ha declarado en numerosas ocasiones que el Estado español incumple sistemáticamente la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, al no contemplar, como exige la cláusula 5 del Acuerdo, medidas adecuadas y eficaces para prevenir y sancionar el abuso en la utilización sucesiva de contratos y nombramientos de duración determinada. Pero también ha dicho el TJUE que esta cláusula no tiene efecto directo; que las medidas enunciadas en ella (exigencia de razones objetivas para la renovación de contratos temporales, duración máxima total de los sucesivos contratos, límites al número de renovaciones) pueden ser sustituidas por otras medidas “equivalentes” para alcanzar el efecto disuasorio previsto en la cláusula 5; que la determinación sobre la existencia de un eventual abuso corresponde a los jueces nacionales, y que la aplicación de soluciones efectivas y disuasorias depende de los Estados, instando a las autoridades nacionales a adoptar medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar un eventual abuso en el recurso a la contratación temporal.

El presente estudio tiene por objeto exponer y analizar, desde un planteamiento crítico y propositivo, algunas cuestiones problemáticas de actualidad que inciden en la configuración jurídica del personal laboral indefinido no fijo, al calor de la jurisprudencia más reciente y de las reformas legislativas operadas en nuestro sistema de relaciones laborales por el RD-Ley 32/2021 y previamente por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. En particular se debatirá sobre si la categoría del indefinido no fijo constituye una medida eficaz para dar cumplimiento a los objetivos plasmados en la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, aprobado por la Directiva 1999/70/CE.

## **2. La extensión de la figura del indefinido no fijo al sector empresarial público**

Reviste la mayor importancia determinar el ámbito de aplicación de los

---

<sup>2</sup> ATC 124/2009, de 28 de abril.

principios constitucionales y legales de acceso al empleo público, pues la figura del contrato indefinido no fijo surgió precisamente como solución de compromiso a la imposibilidad de aplicar en las administraciones y demás organizaciones públicas las reglas laborales comunes sobre adquisición de fijeza por infracción de la normativa sobre contratación temporal, dada la ineludibilidad de observar aquellos principios en el correspondiente proceso selectivo para acceder a un empleo público<sup>3</sup>. De este modo, el terreno en el que juegan y despliegan su eficacia los principios de acceso al empleo público y el contrato indefinido no fijo vendría a ser el mismo, pues esta modalidad contractual no tiene sentido ni está justificada su implantación allí donde los indicados principios no imperan.

Las sociedades mercantiles públicas, pese a estar integradas normativamente en el sector público, se rigen por las previsiones del derecho privado en aras a dotarlas de una mayor flexibilidad. Esta relajación de los controles imperantes en el ámbito de las administraciones públicas ha sido campo abonado para la proliferación de abusos e irregularidades en la contratación de personal laboral por las empresas públicas. En este contexto, la discusión acerca de si la celebración de contratos laborales en fraude de ley por una sociedad mercantil encuadrada en el sector público comporta el deber de reconocer a los sujetos afectados la condición de fijos de plantilla o si, por el contrario, solo cabe declararlos indefinidos no fijos, fue abordada y resuelta por el Tribunal Supremo, de forma contradictoria, hasta las SSTS del Pleno de la Sala 4ª 18 junio 2020 (rec. 2811/2018, rec. 1911/2018 y rec. 2005/2018). Inicialmente, la doctrina jurisprudencial atribuyó la condición de trabajador indefinido no fijo al personal de Correos y Telégrafos SAE<sup>4</sup>, así como al de Televisión Española SA y Radio Nacional de España SA<sup>5</sup>, o en Eusko Irratia SA<sup>6</sup>. Sin embargo, en otros pronunciamientos la misma Sala sostuvo que las sociedades mercantiles de titularidad pública (caso de TRAGSA), en tanto que entes instrumentales privados, no están obligadas a aplicar – por deseable que resulte – los principios constitucionales de acceso a la función pública, y que el personal laboral de estas sociedades anónimas no estaba sometido a los dictados del

---

<sup>3</sup> Me he ocupado ampliamente de esta figura jurídica en *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum, 2018. Asimismo, pueden consultarse los análisis sistemáticos de R. ROQUETA BUJ, *Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 442, e I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo, 2021.

<sup>4</sup> STS 22 febrero 2007 (rec. 3353/2005).

<sup>5</sup> STS 24 julio 2008 (rec. 3964/2007) y STS 19 enero 2009 (rec. 1066/2007).

<sup>6</sup> STS 23 noviembre 2016 (rec. 91/2016).



EBEP al no ser empleados públicos<sup>7</sup>.

Dada la trascendencia del asunto, y ante la existencia de precedentes jurisprudenciales contradictorios, el Pleno de la Sala 4ª ha unificado su propia doctrina en el tema de si procede apreciar la categoría de personal indefinido no fijo ante irregularidades en la contratación laboral cometidas por sociedades mercantiles de titularidad pública y por entidades públicas empresariales. En las referidas sentencias 18 junio 2020, cuya doctrina han replicado otras muchas de fecha posterior, el TS propugna que la construcción sobre el indefinido no fijo no limita sus efectos a las entidades y organismos que tienen jurídicamente atribuida la condición de administración pública, sino que abarca a todo el sector público, incluidas las entidades públicas empresariales (Correos, TRAGSA, AENA, Canal de Isabel II, radios y televisiones autonómicas...)<sup>8</sup>, toda vez que los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público deben aplicarse también en las referidas sociedades y entidades, de conformidad con lo previsto en la DA 1ª, en relación con el art. 55.1 EBEP<sup>9</sup>. En definitiva, es voluntad del legislador que los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo actúen tanto en el “sector público administrativo” como en el “sector público empresarial”, con el buen fin de evitar que la contratación temporal irregular pueda convertirse en un torticero instrumento de acceso a la condición de personal laboral fijo en empresas del sector público (desde donde se podría transitar después,

---

<sup>7</sup> En este sentido, la STS 6 julio 2016 (rec. 618/2016), pronunciándose sobre la ilegalidad del sistema de cobertura de vacantes acordado en el VI Convenio Colectivo del Personal de la empresa TRAGSA. La sentencia afronta la resolución del litigio desde la formulación de los siguientes presupuestos: a) la empresa TRAGSA no es subsumible en un concepto amplio de “Administración” a la hora de definir las normas que presiden el acceso a sus empleos; b) TRAGSA no es una entidad pública empresarial, sino una sociedad mercantil estatal; c) la “contratación” que ha de sujetarse a normas propias del sector público no es la de personal asalariado sino la de obras o servicios; d) las normas del EBEP son inaplicables a las sociedades mercantiles de titularidad pública; e) salvo en temas patrimoniales y relacionados con ellos, a esta mercantil se le aplican las mismas normas que a cualquier otra; f) doctrina constitucional y de la propia Sala Cuarta conducen a la misma conclusión: no cabe extender a TRAGSA las normas sobre los empleados públicos.

<sup>8</sup> Entre otras muchas, STS 2 julio 2020 (rec. 1906/2018); STS 1º junio 2021 (rec. 3972/2018); STS 30 junio 2021 (rec. 2252/2019); STS 2 julio 2021 (rec. 1325/2020); STS 5 julio 2021 (rec. 1512/2020); STS 16 noviembre 2021 (rec. 2308/2020); STS 10 mayo 2022 (rec. 2683/2019).

<sup>9</sup> La DA 1ª TRBEP establece en este sentido que «Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica». La dificultad estriba en determinar a qué entidades se está refiriendo el legislador en esta disposición.

reteniendo la condición de empleado fijo, al sector público administrativo), defraudando con ello el derecho del conjunto de la ciudadanía a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades. Se adopta de este modo un criterio expansivo, que extiende la implantación de la categoría de indefinido no fijo al conjunto del sector público, integrado por una notable variedad de administraciones, sociedades, entidades, fundaciones, consorcios y otros organismos.

Como novedad normativa, la Ley 20/2021 prevé en su DA 7ª la aplicación de los procesos de estabilización de empleo temporal que dicha ley contempla a las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones y consorcios del sector público, sin perjuicio de la adecuación, en su caso, a su normativa específica, debiendo estar a lo dispuesto en el art. 2, así como en la DA 6ª de la referida norma legal. Es previsible que concurran a estos procesos de consolidación de empleo temporal un buen número de personas trabajadoras cuya vinculación ininterrumpida con empresas y sociedades públicas supera los tres años, tengan o no reconocida judicialmente la condición de personal indefinido no fijo.

### **3. El interminable debate sobre la naturaleza jurídica del indefinido no fijo: ¿fijo, temporal o *tertium genus*?**

La respuesta a la cuestión enunciada en el título de este ensayo, respecto a si el constructo del indefinido no fijo constituye una medida realmente eficaz para prevenir y sancionar el abuso en la utilización de la contratación temporal en el sector público, pasa en buena medida por concretar la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual, que, a falta de definición legal, tradicionalmente ha basculado entre dos polos, la “fijeza” y la “temporalidad”. Y ello es así porque, de estimarse que el contrato indefinido no fijo es temporal, difícilmente podrá defenderse su idoneidad a los efectos previstos en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, pues ciertamente no parece que el mejor remedio para combatir la temporalidad sea añadir más temporalidad a la relación.

La postura del TS, desde que alumbró la categoría del indefinido no fijo en la STS 7 octubre 1996 (rec. 3307/1995), no ha sido concluyente acerca de las consecuencias prácticas de la caracterización del contrato como indefinido no fijo. Así, en sendas sentencias 20 enero 1998 (rec. 317/1997) y 21 enero 1998 (rec. 315/1997), el Alto Tribunal sostuvo que «desde una perspectiva temporal [...] el vínculo no está sometido, directa o indirectamente, a un término», si bien «esto no supone que el trabajador

convalide una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas». No se trata, por tanto, de una relación permanente. De esta forma, la Administración afectada «no puede consolidar la fijeza con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo, y producida esa provisión en la forma reglamentaria procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato». Con esta argumentación se venía a reconocer la existencia de una *condición resolutoria* implícita en el contrato indefinido no fijo (la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario), cuyo cumplimiento determinaba la extinción del vínculo, lo que equivalía a configurar este personal como “interino de hecho”. Años más tarde, la Sala 4ª revisará su construcción para sostener que tanto el contrato de interinidad por vacante como el indefinido no fijo en las Administraciones públicas son contratos sometidos, no a condición resolutoria, sino a un *término indeterminado*<sup>10</sup>, pero sin que, en el caso del indefinido no fijo, la indefinición temporal equivalga a temporalidad pura. Durante una larga etapa, la doctrina vino asimilando el régimen jurídico de estos contratos al de las interinidades por vacante. Sin embargo, ambas modalidades se diferencian porque en el contrato de interinidad por vacante hay que acotar, desde la propia génesis del contrato, el concreto puesto de trabajo que va a desarrollarse, mientras que, cuando se declara como indefinida no fija a una persona, no es necesario que ocupe una concreta plaza. De ahí la exigencia de que para su extinción no baste con la convocatoria de una vacante similar, siendo necesario acreditar la exacta identificación de la plaza ofertada y su concordancia con la ocupada por la persona que presta su actividad como indefinida.

Con posterioridad, la Sala 4ª vino a reforzar la identidad del contrato indefinido no fijo, señalando que es diferente del contrato fijo pero también del temporal, a efectos de justificar el reconocimiento de una indemnización superior a la establecida en el art. 49.1.ª ET cuando el indefinido no fijo causa baja por no superación del proceso selectivo. De este modo, en su sentencia 28 marzo 2017 (rec. 1664/2015), el Pleno de la Sala 4ª del TS se ha mostrado categórico al sostener el carácter “*no temporal*” de estos contratos, lo que plantea el problema de determinar qué indemnización debe satisfacerse al trabajador en caso de rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, al no serle de aplicación el régimen indemnizatorio previsto para los contratos de duración determinada en el art. 49.1.ª ET. El TS concluye que debe recurrirse a la

---

<sup>10</sup> STS, Pleno, 24 junio 2014 (rec. 217/2013).

analogía y atribuye en este supuesto (con una mínima fundamentación) la indemnización de 20 días de salario por año de servicios, con el tope de una anualidad, que establece el art. 53.1.b ET.

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial interna no terminaba de encajar con la doctrina del TJUE, que en el asunto *Vernaza Ayovi*<sup>11</sup>, en relación a si lo dispuesto en el art. 96.2 EBEP sobre readmisión obligatoria en caso de despido improcedente resultaba de aplicación al personal indefinido no fijo o solo al fijo, y antes en el caso *León Medialdea*<sup>12</sup>, sostendrá que los indefinidos no fijos son contratos de duración determinada.

Pero no terminan aquí los vaivenes de la doctrina jurisprudencial en la calificación del vínculo indefinido no fijo, porque, si bien en el año 2017 la Sala 4ª se mostraba rotunda al negar que estemos ante un contrato de duración determinada, un año más tarde aceptará su asimilación con un contrato temporal a efectos de extender al indefinido no fijo derechos reconocidos al personal laboral fijo, invocando la prohibición de trato discriminatorio contenida en la cláusula 4 del Acuerdo Marco. Así se advierte en la STS 2 abril 2018 (rec. 27/2017), que a propósito de un conflicto colectivo sobre reconocimiento a los indefinidos no fijos del derecho a la promoción profesional regulado por convenio colectivo, les reconoce este derecho, afirmando que «la ausencia de una regulación expresa sobre los derechos de este colectivo aconseja, mientras subsista, su equiparación en derechos y condiciones con el personal fijo», que «Eso es lo que exige el artículo 15 ET respecto del personal temporal y es obligado aplicarlo también en nuestro caso, pues la categoría conceptual de referencia surge para mejorar la posición respecto de los empleados temporales», y que «Eso es también lo que exige el Derecho de la UE».

Por otro lado, jurisprudencialmente se ha precisado que, cuando la actividad realizada en el ámbito del sector público es fija periódica, las irregularidades en la contratación laboral temporal no determinan la conversión del contrato en fijo discontinuo, sino en “indefinido no fijo discontinuo”, siendo irrelevante que con carácter previo a cada contratación temporal se haya superado un proceso selectivo, pues no se trata de pruebas específicas para acceder a una plaza fija<sup>13</sup>. Ahora bien, lo anterior no impide que sea válido el contrato de interinidad concertado para cubrir vacantes de puestos de trabajo fijo discontinuo, una vez que la Administración pública competente haya adoptado el preceptivo acuerdo de creación de tales plazas

<sup>11</sup> STJUE 25 julio 2018, asunto C-96/17, *Gardenia Vernaza Ayovi c. Consorci Sanitari de Terrassa*.

<sup>12</sup> ATJUE 11 diciembre 2014, asunto C-86/14, *Marta León Medialdea c. Ayuntamiento de Huetor Vega*.

<sup>13</sup> STS 2 julio 2020 (rec. 4195/2017) y STS 2 julio 2021 (rec. 73/2020).

y las haya incluido en la relación de puestos de trabajo, y en tanto no se cubran por los procedimientos reglamentarios; y es que no puede invocarse la condición de indefinido no fijo cuando, a pesar de haber sido fraudulenta la contratación en campañas anteriores, ha mediado un importante lapso temporal sin prestar servicios, rompiéndose de esta forma la unidad esencial del vínculo contractual<sup>14</sup>.

Recientemente, el Juzgado de lo Social n. 3 de Barcelona ha elevado una cuestión prejudicial al TJUE (auto 27 julio 2021), cuestionando el encaje de la figura del indefinido no fijo en la lógica binaria de la Directiva 1999/70/CE, que solo distingue entre contratación indefinida y temporal, sin contemplar categorías intermedias. La aclaración requerida al TJUE es pertinente porque permitirá dirimir si es posible reconocer al accionante, directamente y en aplicación del art. 15.3 ET, la condición de empleado público fijo que reclama como petición principal, una vez se ha constatado que la sucesión de contratos y de prórrogas realizadas se han efectuado en fraude de ley. Tras exponer la motivación de la CP, el Juzgado interpelante pretende que se dilucide si la categoría de “indefinido no fijo” se corresponde con la definición, a la cual se alude en la cláusula 3 del Acuerdo, de trabajador con contrato de “duración determinada”, o bien se trata de un contrato de “duración indefinida”. Y partiendo de la idea de que la legislación laboral emplea los términos “indefinido” y “fijo” de forma indistinta y que ninguno de ellos establece un nivel de seguridad en la estabilidad en el empleo mayor que el otro, el magistrado se pregunta si un trabajador con el contrato de trabajo “indefinido no fijo” que se utiliza en la doctrina judicial española debe asimilarse al trabajador con contrato de duración determinada o al trabajador con contrato de duración indefinida<sup>15</sup>.

Más concretamente, formula estas dos cuestiones:

1. ¿puede entenderse conforme a la definición de “trabajador con contrato de duración determinada” establecida en la cláusula 3 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, la figura del contrato “indefinido no fijo”, conforme a la doctrina jurisprudencial interna, según la cual el contrato de trabajo se extingue en el momento en que se cubre la vacante que ocupa este trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo”, teniendo en cuenta que obligatoriamente se cubrirá esta vacante aunque no se

<sup>14</sup> STS 11 abril 2018 (rec. 2581/2016).

<sup>15</sup> Un análisis de esta cuestión prejudicial, y de las repercusiones que la respuesta del TJUE puede tener sobre la estabilidad del marco normativo vigente, en I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *¿Fijeza o indefinido no fijo? Nueva cuestión prejudicial cuestionando la respuesta laboral a la temporalidad abusiva (Auto JS/3 Barcelona 27/6/21)*, en [ignasibeltran.com](http://ignasibeltran.com), 30 julio 2021.

- conozca la fecha exacta?;
2. ¿puede entenderse conforme a la definición de “trabajador con contrato de duración indefinida comparable” establecida en la cláusula 3 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, la figura del contrato “indefinido no fijo”, conforme a la doctrina jurisprudencial interna, según la cual el contrato de trabajo se extingue en el momento en que se cubre la vacante que ocupa este trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo”, teniendo en cuenta que obligatoriamente se cubrirá esta vacante aunque no se conozca la fecha exacta?

Ya conocemos la respuesta del TJUE a esta cuestión prejudicial, y la misma puede caracterizarse como decepcionante, pues el Tribunal ha evitado entrar en el fondo de la cuestión, dejando imprejuizado si el contrato indefinido no fijo español es fijo o temporal. En el asunto *QL*<sup>16</sup>, el TJUE entiende que, en la medida que el trabajador del caso de autos ha formalizado diversos contratos con la Universitat de Barcelona, se halla «comprendido en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco». De modo que, en lo que constituye el aspecto clave de la fundamentación, afirma:

Es irrelevante al respecto que la relación laboral entre dicho demandante y su empleador se convierta, como sanción, en “indefinida no fija”. Como se ha indicado en el apartado 13 del presente auto, el juzgado remitente parece considerar que el concepto de “trabajador indefinido no fijo”, tal como lo define la jurisprudencia nacional, está incluido, en realidad, en la definición de trabajador con contrato de duración determinada que figura en el Acuerdo Marco, puesto que la relación laboral se extingue por la producción de un hecho o acontecimiento determinado, concretamente la decisión de la Administración de cubrir la plaza de que se trate, en particular mediante un proceso selectivo, decisión que depende exclusivamente de la voluntad de la propia Administración. De ello resulta, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al juzgado remitente, que la conversión de la relación laboral entre las partes en el litigio principal en “indefinida no fija” es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, pero no modifica la propia naturaleza de estos contratos.

Y acto seguido añade:

Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que las cláusulas 2 y 3, punto 1, del

---

<sup>16</sup> ATJUE 26 abril 2022, asunto C-464/21, *QL* c. *Universitat de Barcelona*.

Acuerdo Marco deben interpretarse en el sentido de que un trabajador que ha estado vinculado a su empleador del sector público mediante sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y cuya relación laboral puede convertirse, como sanción, en “indefinida no fija” está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo Marco.

En definitiva, el TJUE no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del contrato indefinido no fijo, más allá de reputarlo una sanción por el recurso abusivo a la contratación temporal en el sector público y de afirmar que está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco, lo que, por otra parte, no representa ninguna novedad, pues ya en los citados asuntos *Vernaza Ayovi* y *León Medialdea* el TJUE sostuvo que era de aplicación a este personal la Directiva 1999/70/CE.

#### **4. La conversión del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por duración injustificadamente larga: el alineamiento de la doctrina judicial interna con la jurisprudencia europeo-unitaria**

El contrato de sustitución o interinidad por vacante es aquel que puede celebrarse para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Se trata de un contrato a término, aunque de fecha incierta en cuanto a su finalización, en la medida en que su persistencia en el tiempo será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza, que tratándose de cobertura de vacantes en el sector privado no podrá ser superior a tres meses (art. 1.5.ª ET), mientras que en el sector público la duración se extenderá hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva (DA 4ª, RD-Ley 32/2021).

La Sala 4ª del TS, a partir de la sentencia del Pleno 24 abril 2019, cuya doctrina es aquilatada con mayor precisión por la STS 5 diciembre 2019, seguidas de múltiples pronunciamientos, vino manteniendo la tesis de que la superación del plazo de tres años previsto en el art. 70 EBEP no comportaba automáticamente la conversión del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo, argumentando que tal consecuencia solo procedía caso de apreciarse la existencia de fraude de ley o abuso en la contratación, circunstancias no concurrentes cuando, por decisiones externas a la entidad contratante, los procesos selectivos para la cobertura de las plazas se habían visto afectados por congelaciones de las ofertas de

empleo público impuestas por restricciones presupuestarias<sup>17</sup>.

Sin embargo, la referida doctrina ha sido revisada recientemente, por unanimidad del Pleno de la Sala 4ª, en su sentencia 28 junio 2021 (rec. 3263/2019), para acomodarla a la respuesta dada por el TJUE en el asunto *JN*<sup>18</sup> que resuelve una nueva cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid – el mismo tribunal que formuló en diciembre de 2014 la cuestión prejudicial que desencadenó la inefable doctrina del TJUE en el asunto *de Diego Porras*<sup>19</sup>, después rectificada a instancias de otra cuestión elevada esta vez por la Sala 4ª – respecto a si la regulación española del contrato de interinidad por vacante y la interpretación que de la misma venía haciendo la jurisprudencia era o no conforme al Derecho de la Unión. Tras la desautorización explícita de su interpretación por el TJUE, la Sala 4ª, no sin antes precisar que no se reconoce en la descripción de su doctrina que lleva a cabo la sentencia *JN*, sostiene ahora que los procesos selectivos o de provisión para la cobertura de plazas vacantes en el sector público no deben durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que la superación de ese plazo constituirá, salvo que concurren excepcionales circunstancias que incumbirá aportar y acreditar a la entidad contratante (y sin que revistan carácter justificativo de la demora las medidas adoptadas para la contención del gasto público), una duración injustificadamente larga determinante de la conversión del personal interino en indefinido no fijo<sup>20</sup>.

En definitiva, la Sala 4ª del TS se ha apresurado a reformular su doctrina sobre la duración de los contratos de interinidad por vacante en el sector público, señalándoles una duración máxima de tres años superados los cuales sin haberse cubierto (o amortizado) la vacante, y salvo contadas excepciones (cuya determinación necesariamente será motivo de litigiosidad, pues únicamente se ha precisado que no justifican la demora en la convocatoria las motivaciones económicas), el personal interino se

---

<sup>17</sup> Un pormenorizado análisis de este pronunciamiento a cargo de M.E. CASAS BAAMONDE, *El fraude en la contratación temporal: su duración “inusualmente larga” (del contrato de interinidad para la cobertura de vacantes en el sector público y el plazo de tres años del artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público)*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, n. 3.

<sup>18</sup> STJUE 3 junio 2021, asunto C-726/19, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario c. JN*.

<sup>19</sup> STJUE 21 noviembre 2018, asunto C-619/17, *Ministerio de Defensa c. Ana de Diego Porras*.

<sup>20</sup> Un comentario de urgencia a la STS 28 junio 2021 en I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Los interinos por vacante se convierten en indefinidos no fijos si superan un plazo de tres años: comentario de urgencia a la STS Pleno 28/6/21*, en *ignasibeltran.com*, 29 junio 2021. Véase también E. ROJO TORRECILLA, *La saga “personal interino laboral”. Modificación de la jurisprudencia del TS (y a la espera de la anunciada reforma del EBEP). Análisis de la sentencia de 28 de junio de 2021*, en [www.eduardorjotorrecilla.es](http://www.eduardorjotorrecilla.es), 1º julio 2021.



convierte en indefinido no fijo; una figura que, como se ve, conserva plena vigencia en la jurisprudencia interna, de modo que sigue más vivo que nunca el debate acerca de si el señalamiento de un plazo máximo (ahora de tres años) a los contratos de interinidad, y el reconocimiento de una indemnización de veinte días de salario cuando el contrato se transforma en indefinido no fijo (por superar ese plazo) y el mismo se extingue cuando un tercero ocupa la vacante tras la superación del correspondiente proceso selectivo – en el que el indefinido no fijo debe tener la oportunidad de participar –, son medidas que permiten entender cumplida o no la finalidad perseguida por el Acuerdo Marco a efectos de prevenir y sancionar eficazmente el abuso en el recurso a la contratación temporal sucesiva en el sector público. Pero sobre este tema se volverá en un epígrafe posterior.

#### **5. Adquisición de la condición de personal laboral fijo por superación de un proceso selectivo, sin obtener plaza, con posterior contratación temporal en fraude de ley**

Como se ha comprobado, toda la construcción sobre el personal indefinido no fijo se alza sobre el presupuesto de que no debe consentirse la obtención de una plaza fija en el sector público a quien no ha superado un proceso selectivo en el que se hayan salvaguardado escrupulosamente los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad.

Así las cosas, no debería existir inconveniente en reconocer directamente la condición de personal laboral fijo (en aplicación de lo previsto actualmente por el art. 15.4 ET, redactado con arreglo al RD-Ley 32/2021) cuando la contratación temporal incumplidora de los requisitos exigidos para cada modalidad contractual hubiera estado precedida de un procedimiento selectivo basado en aquellos exigentes principios.

Ahora bien, a los efectos señalados, no es lo mismo haber superado, con carácter previo a la formalización del contrato temporal que se reputa fraudulento, un proceso selectivo para la dotación de una plaza estructural o permanente (sin obtener plaza y habiendo sido incluida la persona trabajadora en una bolsa temporal de empleo para la misma ocupación), que haber participado en un proceso selectivo para cubrir plazas temporales, aun cuando ese proceso se haya regido igualmente por los principios de igualdad, mérito y capacidad. Es posible que en ambos casos se hayan realizado pruebas objetivas tendentes a verificar la capacitación de las personas interesadas, pero lo habitual será que tanto la naturaleza de las pruebas como el nivel de exigencia de los ejercicios difieran significativamente en función del carácter fijo o temporal de la plaza o

puesto convocados.

En el primer supuesto, como apunta la STS 16 noviembre 2021 (rec. 3245/2019), la adquisición de fijeza laboral, y no la mera condición de personal indefinido fijo, se justifica, una vez constatado que la relación laboral temporal devino fraudulenta por haberse destinado a realizar cometidos o necesidades permanentes, porque la persona trabajadora ya había superado un proceso selectivo regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad, contenidos en el art. 103 CE y en el art. 55 EBEP, para la cobertura de plazas permanentes, aunque sin obtener plaza. Así las cosas, no sería razonable exigir, a quien ya ha acreditado su aptitud para ser empleado público fijo (cabe añadir, en el mismo cuerpo o escala donde ha prestado servicios como personal temporal), la superación de un segundo proceso selectivo.

La situación es distinta cuando la persona trabajadora ha participado en un proceso selectivo para cubrir plazas temporales, habiendo rechazado en ese supuesto la jurisprudencia que la realización de un proceso de selección para ocupar una plaza temporal sirva para tener por cumplido el mandato del art. 103 CE. Y ello porque, como argumenta la STS 12 enero 2022 (rec. 4915/2019), invocando y aplicando la doctrina fijada en STS del Pleno 25 noviembre 2021 (rec. 2337/2020) (y posteriores, como STS 1º diciembre 2021, rec. 4279/2020, y STS 2 diciembre 2021, rec. 1723/2020), «hay una gran diferencia entre la convocatoria de un proceso de selección para la cobertura de una plaza fija y de una plaza temporal, cuya duración prevista puede ser mínima». De un lado, porque el elemento de temporalidad o fijeza de la convocatoria condiciona el número de aspirantes, siendo muchos más los interesados potenciales en participar en el proceso selectivo a una plaza fija que los que participarían en la cobertura de una plaza temporal. Y, de otro lado, porque «el nivel de exigencia de los principios de mérito y capacidad está condicionado por la naturaleza temporal o fija del puesto de trabajo objeto del proceso de selección», exigiéndose menos rigor en la selección de personal temporal habida cuenta de que con el mismo «se trata de cubrir necesidades sobrevenidas y perentorias, insusceptibles de una cobertura previamente planificada». La consecuencia a la que llega el Alto Tribunal es que un determinado proceso de selección pudo ser adecuado para la suscripción de contratos temporales, pero debe acreditarse que sea suficiente para adquirir la condición de persona trabajadora fija, para lo que será necesario probar que cumple los requisitos de igualdad, mérito y capacidad exigidos para el acceso con carácter de fijeza al empleo público.

## **6. Consecuencias de la indebida adscripción del personal laboral indefinido no fijo a plaza funcional**

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre qué ocurre cuando alguien que tiene reconocida en sede judicial la condición de personal indefinido no fijo es adscrito al desempeño de cometidos propios de una plaza que según la RPT está reservada a personal funcionario y el contrato se extingue porque la plaza sale a concurso y la consigue otra persona. Es habitual que las personas afectadas hayan demandado previamente a su empleadora solicitando el reconocimiento de la condición de personal laboral indefinido no fijo y el derecho a ocupar plaza de personal laboral.

En estas situaciones, el TS ha apreciado que el cese del personal indefinido no fijo constituye un despido improcedente, pues la persona cesada estaba ocupando una plaza de funcionario a pesar de tener derecho a ocupar una plaza de personal laboral. En consecuencia, la incorporación del titular definitivo de la plaza no constituye una causa lícita de extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo, subsumible en la letra *b*, n. 1, art. 49 ET. La Sala 4ª insiste en la existencia de un despido, toda vez que no se siguió el procedimiento adecuado para la amortización de una plaza laboral (la que correspondía ocupar al demandante), para lo que la Administración tendría que haber acudido al art. 51 o 52.c ET dependiendo del número de plazas amortizadas<sup>21</sup>. En cuanto a la calificación del despido, estaremos ante un despido nulo, por vulneración de la garantía de indemnidad, si la persona trabajadora interpuso previamente demanda contra la Administración para que se le reconociera el derecho a ocupar una plaza de personal laboral<sup>22</sup>.

## **7. Derechos profesionales del personal laboral indefinido no fijo: ¿equiparación plena con los trabajadores fijos?**

Con frecuencia se ha suscitado el debate relativo a si el personal indefinido no fijo tiene derecho a disfrutar de los mismos derechos profesionales que el personal fijo (traslados, promoción profesional...). A primera vista, la respuesta parece que debiera ser afirmativa, considerando que el personal INF se encuentra asimilado, como mínimo, al personal con relación temporal, y tanto el derecho comunitario (Directiva 1999/70/CE) como nuestro derecho interno (art. 15.6 ET) atribuyen a las personas con

<sup>21</sup> STS 3 julio 2019 (rec. 3724/2016).

<sup>22</sup> STS 13 diciembre 2016 (rec. 2059/2015); STS 20 julio 2017 (rec. 2832/2015); STS 14 noviembre 2019 (2173/2017); STS 9 septiembre 2020 (rec. 2597/2017), entre otras muchas.

contratos de duración determinada los mismos derechos que las personas con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas en materia de extinción y las que la ley establezca para cada modalidad contractual.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha optado por este reconocimiento universal del principio de igualdad de trato, sino que ha procedido atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso cuando el reclamante del derecho es un trabajador indefinido no fijo.

Así, la STS 21 julio 2016 (rec. 134/2015) reconoce la posibilidad de participación del personal indefinido no fijo en un concurso de traslado en el seno de ADIF, y la citada STS 2 abril 2018 admitirá el derecho de este colectivo a participar en los procesos de promoción y reclasificación profesional de una Agencia de la Junta de Andalucía, concurriendo en ambos casos las siguientes circunstancias:

- a. los convenios colectivos que resultan de aplicación regulan los concursos de traslados y los procesos de promoción, sin limitar la participación en los respectivos concursos de traslado o de promoción al personal fijo;
- b. los demandantes no estaban cubriendo necesariamente una particular vacante identificada como tal en la RPT, pues la naturaleza de su relación se había generado por la irregularidad de su contratación, sin vinculación directa y expresa con una plaza pendiente de cobertura.

A diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante, la Sala 4ª sostiene que, en el indefinido no fijo, «la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto». No se descarta que en algún determinado supuesto la adscripción a plaza individualizada «sea innegable y hasta necesaria», pero no será esa la regla general. En consecuencia, se estima que el personal indefinido no fijo puede cambiar de destino, sin convertirse por ello en un trabajador fijo de pleno Derecho, ya que seguirá siendo indefinido no fijo en el nuevo puesto.

A supuesto distinto se enfrenta la STS 29 marzo 2022 (rec. 109/2020), donde también se cuestiona el derecho del personal indefinido no fijo a participar en un concurso de traslado, pero dándose la particularidad de que cada una de las personas indefinidas no fijas a las que afecta el conflicto estaban adscritas a una concreta plaza de la RPT y, además, todas las plazas que habían salido a concurso estaban perfectamente identificadas. Además, en este concreto caso resultaba incuestionable que el convenio colectivo de aplicación sí limitaba la participación en el concurso de traslados al personal fijo. La Sala 4ª ve en todo ello razones suficientes para desmarcarse de la doctrina aplicada en su citada sentencia 2 abril 2018, insistiendo en que la redacción de la DA 15ª ET – «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» – permite concluir que «inequívocamente, el legislador establece que el indefinido no fijo queda adscrito a su puesto de trabajo, hasta que se proceda a su cobertura, salvo que el trabajador en cuestión acceda a un empleo público superando el correspondiente proceso selectivo».

En fin, descarta el TS que exista trato discriminatorio (en perjuicio del personal indefinido no fijo) por no reconocerle el derecho a participar en la convocatoria de concurso de traslados, y ello porque lo prohibido por el principio de igualdad, según reiterada doctrina constitucional, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado, mientras que «el hecho de que el personal indefinido no fijo, haya ingresado en la administración sin haber superado un proceso selectivo basado en los reiterados principios constitucionales de capacidad, mérito e igualdad, constituye un dato objetivo relacionado con el régimen jurídico del contrato que explica razonablemente, dotándola de coherencia y racionalidad, la medida discutida consistente en la exclusión de los indefinidos no fijos de los procesos de traslados».

En cambio, la jurisprudencia no ha visto inconveniente en reconocer al personal indefinido no fijo el derecho a ponerse en situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad. Así, la STS 26 abril 2022 (rec. 1477/2019) sostiene que el contrato indefinido no fijo, al igual que los contratos de interinidad por vacante o sustitución, se mantienen vigentes hasta que se cubra definitivamente la vacante ocupada por los trabajadores afectados, lo que «justifica sobradamente que éstos puedan disfrutar del derecho de excedencia voluntaria, si bien condicionado a que la vacante, ocupada por ellos hasta la concesión de excedencia, no haya sido cubierta definitivamente o, no esté cubierta por otro interino, en cuyo caso mantendrán su expectativa de derecho al reingreso, en tanto que no puede ocupar la única plaza desempeñada por otro interino que, desde luego, no podrá ser cesado salvo que se incorpore el titular o sustituido, en cuyo caso no solo cesa ese interino sino el excedente, o si el tercero causa baja voluntaria en esa interinidad, en cuyo momento podría el excedente interino ejercer ese derecho preferente de reingreso».

## 8. Reasunción de servicios públicos externalizados y mantenimiento de la fijeza laboral de origen

Aunque no puede afirmarse que constituya un fenómeno generalizado, desde hace varios años estamos asistiendo a situaciones de reversión de las antiguas políticas de externalización y/o descentralización por parte de los distintos niveles de la Administración, de modo que servicios y actividades cuya gestión se había encomendado a empresas privadas (contratistas) o a empresas y organismos dependientes de la propia Administración (entes instrumentales creados en gran medida para huir del corsé del derecho administrativo y conseguir una gestión más flexible), están siendo rescatados por las Administraciones para su gestión directa. En un escenario muy distinto se sitúan las decisiones políticas de cierre de determinados organismos y empresas públicas, sin prolongación de la actividad amortizada y consiguientes despidos masivos.

Sin duda, uno de los mayores interrogantes que aparecen en los supuestos de reversión es el relativo a si es posible la integración de las personas asalariadas de la contratista que deja de prestar el servicio en la plantilla orgánica de la Administración y en qué condiciones se producirá dicha integración. A este respecto, la Ley de Contratos del Sector Público establece en su art. 130.3 que «En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general».

Siempre con el presupuesto de la existencia de una transmisión de empresa, lo que la Sala de lo Social del TS ha venido a declarar, en una muy importante sentencia 28 enero 2022 (rec. 3781/2020), es que los trabajadores de la contratista que pasan a ser empleados de la Administración con motivo de la reversión conservan la condición de fijos que tenían con su anterior empleadora, de modo que la subrogación por un ente público no será motivo para degradar su estatus laboral al de personal indefinido no fijo ni, por consiguiente, se les podrá obligar a pasar por un proceso selectivo basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad para consolidar la plaza. La tensión entre el orden normativo interno que impone determinados requisitos para optar a un empleo fijo en el sector público (art. 103.3 CE; EBEP) y el Derecho de la UE que exige que se mantengan las condiciones de origen en los supuestos de transmisión de empresas o parte de estas (Directiva 2001/23/CE), se resuelve mediante la aplicación preferente del segundo bloque normativo.

Contrariamente a la práctica seguida en casos de reversión de servicios

públicos, en los que la integración del personal transferido se ha venido produciendo reconociéndoles la Administración rescatadora la condición de indefinidos no fijos (con respaldo de abundante doctrina judicial), la Sala 4ª, en la primera ocasión que se le ha presentado de abordar el tema frontalmente, se ha alineado con la doctrina contenida en el asunto *Correia Moreira*<sup>23</sup>, conforme a la cual en el marco de un traspaso no cabe exigir al personal cedido un procedimiento público de selección ni tampoco el sometimiento a un nuevo vínculo con el cesionario, sin que represente un obstáculo la existencia de normas constitucionales internas que otra cosa prevean.

Señala el TS las disfunciones que derivarían de la aplicación de la categoría de personal indefinido no fijo en estos casos. De un lado, porque esta categoría surge para explicitar las consecuencias derivadas de previas conductas infractoras (contratación temporal fraudulenta o abusiva), pero en el caso (traspaso por reversión) no existe infracción de normas por parte de la Administración que pudiera remediarse mediante la aplicación de la cualidad de personal indefinido no fijo, ya que la trabajadora ya prestaba sus servicios al amparo de un contrato a tiempo completo y de duración indefinida, y la “no fijeza” vendría a empeorar su posición desde la óptica del tipo de relación laboral que titulariza, pues la obligaría a someterse a un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza, corriendo el riesgo de no obtenerla.

Otra de las disfunciones que aprecia la Sala es que la categoría de personal indefinido no fijo viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal. Mientras que aquí lo que se plantea es el modo en que debe jugar un conjunto de reglas incorporadas a una Directiva de la Unión Europea y las reseñadas sobre acceso al empleo público.

Matiza la Sala 4ª que no estamos ante un supuesto de acceso al empleo público, sino de asunción de relaciones laborales ya constituidas. En todas las transmisiones de empresas el nuevo empleador adquiere la unidad productiva y/o la plantilla, con sus derechos y obligaciones por lo que en este asunto en el que se municipaliza un servicio antes externalizado, el Ayuntamiento debe asumir que los trabajadores que eran fijos sigan siéndolo a estos efectos.

Ahora bien, aunque en la sentencia comentada la Sala 4ª se mueve en la dirección de conservar las condiciones y los derechos preexistentes a la transmisión, invocando la primacía del Derecho comunitario, tampoco

---

<sup>23</sup> STJUE 13 junio 2019, asunto C-317/18, *Cátia Correia Moreira c. Município de Portimão*.

desconoce que el ordenamiento interno impone determinadas exigencias para conseguir una plaza fija en el sector público. De ahí que haya introducido importantes matices al reconocimiento de la condición de fijo al personal subrogado por la Administración, vinculando dicha fijeza al estricto ámbito de la unidad productiva objeto de traspaso, con lo que no se está cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada. La misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. Por tanto, se está reconociendo que el personal subrogado no es un empleado público fijo como los demás, pudiendo perder dicha condición de sobrevenir determinadas “vicisitudes” (sin explicitar cuáles) que lo desvinculen del objeto productivo traspasado y de las funciones que hasta ese momento viniera desempeñando. La pregunta es: ¿procedería la recalificación del personal subrogado como indefinido no fijo, caso de sobrevenir las “vicisitudes” a las que se refiere la sentencia? Adviértase que uno de los argumentos esgrimidos por el TS para descartar la aplicación de la categoría de personal indefinido no fijo en los casos de traspaso por reversión ha sido, precisamente, la inexistencia de irregularidad previa, y lo habitual será que las expresadas vicisitudes tengan igualmente un origen reglado y lícito<sup>24</sup>. Por otro lado, no son descartables comportamientos fraudulentos, como ocurriría cuando, ante la perspectiva de una reversión del servicio público externalizado, y a medida que se vaya conociendo esta doctrina del TS, se procediera a realizar contrataciones fijas de difícil justificación por la empresa que viniera desarrollando la actividad, en fechas próximas al traspaso, para que por esta vía sus empleados consigan la muy cotizada estabilidad laboral en el sector público, sin pasar por el filtro de un proceso selectivo previo. El fraude de ley es una herramienta jurídica a la que habrá que recurrir en su caso para enervar estas conductas torticeras.

---

<sup>24</sup> I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *En caso de reversión en el sector público y aplicación del art. 44 ET el personal debe ser fijo (y ¿una nueva situación para declarar la relación indefinida no fija?)* (STS 28/1/22), en [ignasibeltran.com](http://ignasibeltran.com), 17 febrero 2022.



## 9. Impacto de las últimas reformas legales en la pervivencia de la figura del indefinido no fijo

### 9.1. Alcance y efectos de la derogación parcial de la DA 15ª ET

La reforma laboral de 2021 se ha marcado como objetivo prioritario poner coto a la utilización abusiva e injustificada que desde hace tiempo se viene haciendo de la contratación temporal en nuestro sistema de relaciones laborales. A tal efecto, el RD-Ley 32/2021 despliega una amplia batería de medidas dirigidas a potenciar la estabilidad en el empleo y combatir la temporalidad: reducción de las causas de temporalidad legalmente admitidas, con supresión del contrato temporal para obra o servicio determinado y reformulación en términos más restrictivos del contrato de duración determinada por circunstancias de la producción (sin cambios relevantes en el contrato de sustitución); consideración como “fijas” de las personas contratadas con incumplimiento de las previsiones contenidas en el art. 15 ET (art. 15.4 ET); rebaja de las exigencias para adquirir fijeza laboral por encadenamiento de contratos de duración determinada en el nuevo art. 15.5 ET; endurecimiento de las sanciones previstas en la LISOS por recurrir a la contratación temporal en fraude de ley; sobrecotización a la Seguridad Social en contratos temporales de duración inferior a treinta días, para atajar el exceso de rotación laboral en un mismo puesto de trabajo; potenciación de la modalidad de contrato de trabajo fijo discontinuo (art. 16 ET).

Como se ha señalado, el legislador laboral español hizo un reconocimiento implícito de la figura del contrato indefinido no fijo en la DA 15ª ET, intitulada *Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas*, que hasta su derogación parcial por el RD-Ley 32/2021 establecía lo siguiente en sus apartados 1 y 2:

1. Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos 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.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

La supresión del apartado 1 de esta DA invita a reflexionar sobre si con la misma no se habría privado de fundamentación a la construcción del indefinido no fijo, al desaparecer la mención implícita a esta figura en la norma central de nuestro derecho del trabajo.

En mi opinión, nada de eso ha ocurrido, ni con la mencionada derogación, ni con el cambio terminológico operado en el flamante art. 15.4 ET, que pasa a hablar de personas “fijas” donde antes el art. 15.3 ET se refería a contratos “indefinidos”. En este caso, porque en nuestro ordenamiento laboral está firmemente asentada la equiparación de los conceptos “fijo” e “indefinido”, de modo que el cambio terminológico sería inocuo a los efectos aquí considerados. Y en cuanto a la derogación de la DA 15ª ET, considero que su alcance es mucho más limitado de lo que determinados sectores (probablemente interesados) han querido inferir y, desde luego, no se sigue de esta decisión normativa la supresión de la categoría del indefinido no fijo, que sigue contando con el expreso respaldo de la jurisprudencia comunitaria e interna y del legislador patrio.

En opinión de quien esto escribe, una interpretación sistemática y contextual de la supresión de los apartados 1 y 2 de la DA 15ª ET lleva a concluir que con esta derogación lo único que se hace es poner en concordancia su redacción con las reformas introducidas en materia de contratación temporal en el art. 15 ET, fundamentalmente para hacerse eco de la eliminación del contrato temporal para obra o servicio determinado. Más claro: no tiene ya sentido que la norma se refiera a las consecuencias de superar, en las administraciones públicas, la duración máxima de una modalidad contractual cuya formalización no es posible desde el 31 de marzo de 2022. Pero lo anterior no impide que la categoría del indefinido no fijo siga siendo un expediente útil para reaccionar ante los supuestos de concertación irregular, en el sector público, de otras modalidades

contractuales que aún persisten en nuestro ordenamiento.

## **9.2. Compensación económica por incumplimiento de los plazos máximos de permanencia en el empleo público temporal y por cese derivado de la no superación de un proceso selectivo de estabilización: ¿canto del cisne del personal indefinido no fijo?**

La Ley 20/2021 prevé dos excepciones a la regla general, contenida en el art. 10.3 EBEP, de que no se devenga indemnización o compensación en favor del empleado público cuya relación temporal se extinga.

Esas excepciones son: 1) la establecida con carácter general en la DA 17ª EBEP, para todos los casos en que se superen los plazos máximos de permanencia en puestos por nombramientos o contratos temporales; 2) la establecida en el art. 2 de la Ley 20/2021 para quienes, habiendo participado en los procesos de consolidación de empleo que regula el precepto, no consigan plaza.

Centrándonos en el personal laboral temporal, el apartado 5 de la referida DA 17ª establece que «en el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Dicha compensación consistirá, en su caso, 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 esta compensación 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. No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria».

En relación a los procesos de consolidación de empleo del art. 2 de la Ley 20/2021, el apartado 6 de este precepto establece que «corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la

no superación del proceso selectivo de estabilización. En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación 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. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso».

La regulación de estas compensaciones económicas en la Ley 20/2021 sugiere unos mínimos comentarios relacionados con la materia objeto de este ensayo:

1. el legislador elude deliberadamente utilizar el término “indemnización” y opta por hablar de “compensación económica”, reservando el primer vocablo para referirse a las indemnizaciones previstas en la legislación laboral, queriendo así remarcar las diferencias existentes entre ambos conceptos;
2. la compensación patrimonial establecida en la DA 17<sup>a</sup> EBEP únicamente será de aplicación al personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor (DT 2<sup>a</sup>, Ley 20/2021);
3. el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia ha de poner en relación con la duración máxima prevista para cada modalidad contractual en la legislación laboral. En el supuesto del contrato de interinidad por vacante, ese plazo máximo serían tres años a contar desde su formalización, de acuerdo con la última doctrina del TS sobre transformación del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por duración inusual e injustificadamente larga (STS 28 junio 2021, cit.);
4. la compensación económica establecida en la DA 17<sup>a</sup> EBEP no impide que deba aplicarse preferentemente la indemnización por despido improcedente de 33 días de salario por año de servicios, con el tope de 24 mensualidades, en los casos de contratos de duración determinada que se transforman en indefinidos (no fijos) por haberse celebrado en fraude de ley o por rebasar la duración máxima permitida (en un mismo contrato o en situaciones de encadenamiento), cuando la persona trabajadora vea extinguido el vínculo por decisión de la Administración pretextando esta, como causa rescisoria, la llegada de su aparente término. En estos casos, la jurisprudencia viene considerando desde antiguo que el cese constituye un despido improcedente al estar

- privado de justa causa, ya que no existe término válido para que opere la extinción al haberse transformado el contrato en indefinido;
5. en cuanto al momento del devengo, la DA 17ª es meridianamente clara al referirlo a la fecha del cese efectivo, no siendo posible reclamar la compensación en un momento anterior;
  6. respecto a la cuantía de la compensación, la misma será de veinte días de las retribuciones fijas del empleo por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. El legislador ha tomado como referencia la indemnización del despido objetivo prevista en el art. 53 ET, que asimismo es la que jurisprudencialmente se viene atribuyendo por analogía al personal indefinido no fijo cuando causa baja por cobertura reglamentaria de la plaza. Pero obsérvese que, en el ámbito laboral, el salario regulador de las indemnizaciones comprende todos las partidas salariales, fijas y variables, que correspondieran a la persona trabajadora, mientras que la DA 17ª EBEP solo considera las retribuciones fijas, dando lugar con este criterio a compensaciones inferiores;
  7. el cálculo de la compensación estará referido exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento, de modo que, en un caso de encadenamiento de contratos de duración determinada, solo se tendrá en cuenta el período de servicios acumulado con posterioridad a la formalización del contrato en el que se hubiera cometido la irregularidad (ausencia de causa, superación de plazos máximos), sin considerar los períodos de servicios anteriores. Con esta previsión – que, añadida al cómputo exclusivo de las retribuciones fijas, aspira a evitar que la Administración tenga que responder por cuantías muy elevadas –, la Ley 20/2021 se aparta de la regla jurisprudencial que se viene aplicando en el orden social sobre unidad esencial del vínculo a efectos indemnizatorios, dejándose sin reparación el tiempo total de prestación de servicios;
  8. la compensación económica por no superación de un proceso de estabilización de los previstos en el art. 2 de la Ley 20/2021 alcanza el mismo importe que la establecida en la DA 17ª ET. Ahora bien, esta compensación se devenga con total independencia de la existencia de fraude o no en la contratación temporal sucesiva;
  9. se someten al proceso de consolidación de empleo todas las plazas de naturaleza estructural, dotadas presupuestariamente, que hayan estado cubiertas de forma ininterrumpida por personal temporal (no necesariamente interino por vacante) durante un tiempo mínimo de tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020. En este supuesto, la vía

de acceso será el concurso-oposición; si la plaza está siendo desempeñada por personal temporal un mínimo de 5 años, el proceso selectivo puede prescindir de la fase de oposición;

10. como la Ley 20/2021 no establece diferenciación alguna entre el personal temporal y el personal indefinido no fijo, ambos pueden participar indistintamente en los procesos selectivos para consolidación de empleo temporal previstos en su art. 2, bastando con que acrediten un período de ocupación ininterrumpido en el puesto de trabajo.

Considerando que la indemnización que la jurisprudencia reconoce al personal indefinido no fijo, cuando la plaza que ha venido ocupando se cubre por un tercero, asciende también a veinte días de salario por año de servicio, cabe plantearse si actualmente tiene sentido presentar una demanda persiguiendo el reconocimiento judicial de la condición de indefinido no fijo, cuando la compensación patrimonial prevista en la Ley 20/2021 puede obtenerse directamente sin necesidad de acudir a los tribunales. La intención por parte del legislador de reducir la litigiosidad en este terreno es notoria. El escenario se plantea distinto cuando la Administración no liquida dicha compensación o lo hace por un importe inferior (p.ej., abona solo la indemnización de 12 días de salario establecida en el art. 49.1.ª ET), en cuyo caso la persona interesada podrá reclamar en sede judicial la compensación de 20 días o la diferencia hasta completar lo efectivamente abonado; pero ni siquiera en estos supuestos la norma exige que se reconozca formalmente la condición de indefinido no fijo (que puede acabar así “invisibilizada”), bastando con que se reúnan las condiciones previstas para su devengo.

Ahora bien, cabe recordar de nuevo que la cuantía de la compensación económica para los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de la DA 17ª y del art. 2 de la Ley 20/2021 está referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento y, además, no considera la totalidad de los emolumentos (solo las partidas fijas), norma esta de la que pueden resultar indemnizaciones manifiestamente insuficientes, además de suponer un expreso apartamiento de la doctrina jurisprudencial consolidada en el orden social sobre unidad esencial del vínculo para los casos de sucesión de contratos temporales<sup>25</sup>.

En todo caso, el régimen indemnizatorio previsto en la Ley 20/2021, sin necesidad de calificación judicial como indefinido no fijo, podrá limitar el sentido y justificación de su existencia, pero no la hace desaparecer en otros

---

<sup>25</sup> M. LÓPEZ BALAGUER, F. RAMOS MORAGUES, *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 154.

casos (falsos autónomos, cesión ilegal de mano de obra en favor de entidades públicas...).

## 10. Valoración final

Las recientes reformas legales en materia de contratación temporal (RD-Ley 32/2021) y para combatir la temporalidad en el sector público (RD-Ley 14/2021; Ley 20/2021) no comportan por sí mismas la desaparición de la figura del personal laboral indefinido no fijo, que sigue contando con el expreso respaldo legal del legislador (arts. 8 y 11 EBEP) y de la jurisprudencia social, si bien el automatismo indemnizatorio establecido para el personal temporal que cese tras haber superado los tiempos máximos de permanencia legalmente permitidos, o no logre consolidar plaza en los procesos de estabilización de empleo que se habiliten al efecto, puede desplegar un efecto desincentivador de demandas orientadas a obtener el reconocimiento del estatus de personal indefinido no fijo.

Uno de los fines perseguidos por la Directiva 1999/70/CE por la que se aprueba el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada es prevenir el abuso derivado de la utilización sucesiva de contratos temporales<sup>26</sup>, a cuyo efecto la cláusula 5 del Acuerdo contempla diversas medidas, como son:

- a. establecer las razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos temporales;
- b. fijar la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada;
- c. limitar el número de renovaciones de los contratos temporales.

No obstante, la propia Directiva admite que los Estados puedan adoptar otras medidas “equivalentes” para prevenir y sancionar los casos de abusos en la contratación temporal, medidas que han de ser no solo proporcionadas sino también lo suficientemente eficaces y disuasorias como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo Marco<sup>27</sup>.

Entre esas medidas equivalentes, una podría ser la transformación de la relación laboral en indefinida, como prevé nuestra legislación laboral en el art. 15, apartados 4 y 5, ET. El problema es que el abuso de la contratación

---

<sup>26</sup> Con la precisión hecha en la STJUE 11 febrero 2021, asunto C-760/18, *M.V. y otros c. Organismos Topikis Aftodioikisis (O.T.A.) «Dimos Agiou Nikolaou»*, de que la prórroga automática de un mismo contrato de duración determinada equivale a sucesión de contratos temporales a efectos de la Directiva 1999/70/CE.

<sup>27</sup> *Vid.* STJUE 25 octubre 2018, asunto C-331/2017, *Martina Sciotto c. Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*.

temporal en nuestro país tiene una especial incidencia en el sector público, donde es práctica habitual el encadenamiento de nombramientos y contratos temporales durante varios años, y la conversión en fijeza supondría vulnerar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública garantizados por los arts. 23.2 y 103.3 de nuestra Carta Magna. De ahí la creación por la jurisprudencia de la figura del indefinido no fijo, que garantiza cierta estabilidad a los trabajadores afectados pero no les procura fijeza, la cual solo puede obtenerse previa superación de un proceso de un proceso selectivo regido por los mencionados principios constitucionales.

A la pregunta de si la aparición a finales de los noventa del pasado siglo de la construcción sobre el indefinido no fijo ha contribuido eficazmente a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de contratos de duración determinada para ocupar plazas estructurales en el sector público (administrativo y empresarial), la respuesta es, obviamente, negativa, pues tales prácticas abusivas no han hecho sino aumentar en las últimas tres décadas.

Respecto a si el contrato indefinido no fijo, y los efectos que el mismo produce tanto durante su vigencia como al extinguirse, constituyen una medida apta para sancionar y reparar al abuso en la concatenación de contratos temporales en el sector público, el TJUE no ha descartado que pueda constituir una sanción eficaz, si bien deja esta apreciación al criterio de las autoridades y los tribunales nacionales.

Téngase en cuenta que, si bien puede servir como medida disuasoria la conversión del contrato temporal en indefinido, esta sanción no viene impuesta ni por el Derecho de la UE ni por la jurisprudencia comunitaria. A este respecto, el TJUE, en la sentencia *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*<sup>28</sup>, con cita de la sentencia *Martínez Andrés y Castrejana López*<sup>29</sup>, refiere que la cláusula 5 del Acuerdo Marco «no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada» (apartado 87). Más bien, lo que pretende el Acuerdo Marco es que el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro cuente con otras medidas efectivas para prevenir y evitar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> STJUE 19 marzo 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, *Domingo Sánchez Ruiz y Berta Fernández Álvarez y otros c. Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud)*.

<sup>29</sup> STJUE 14 septiembre 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, *Florentina Martínez Andrés y Juan Carlos Castrejana López c. Servicio Vasco de Salud y Ayuntamiento de Vitoria*.

<sup>30</sup> Cfr. D. ZAFRA MATA, *Fraude de ley en la contratación del personal laboral. Indefinido no fijo*, en



En varias ocasiones el TJUE ha declarado que la construcción española sobre el indefinido no fijo puede ser una de esas medidas alternativas.

Tan es así que el citado asunto *León Medialdea* admite que la conversión judicial de un contrato temporal en uno indefinido no fijo es «una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos».

Con mayor claridad aún, la citada sentencia *Martínez Andrés y Castrejana López* admite extender al personal de derecho administrativo la configuración jurisprudencial del indefinido no fijo «con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento de su puesto de trabajo»; asimilación que entró en vía muerta al ser expresamente descartada por la Sala 3ª del TS<sup>31</sup>.

Ahora bien, el TJUE nunca se ha pronunciado en términos concluyentes sobre la idoneidad de esta ni de otra medidas como respuesta eficaz al abuso en la sucesión de contratos temporales para atender necesidades permanentes o fijas, sino que hace depositarios a los órganos judiciales nacionales de la obligación de «apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada» (apartado 90). Es cierto que el TJUE no se priva a menudo de deslizar su opinión al respecto, pero lo hace con un valor meramente orientativo y dejando siempre la última palabra a los tribunales nacionales. Así se observa en esta última sentencia, donde el TJUE responde al órgano judicial remitente de la cuestión prejudicial que «la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos empleados públicos en “indefinidos no fijos” y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de

---

J.M. CAMPOS DAROCA, D. ZAFRA MATA, *Consolidación y estabilización del empleo público temporal. Ley 20/21 de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*, Wolters Kluwer, 2022, p. 215.

<sup>31</sup> STS 26 septiembre 2018 (rec. 1305/2017) y STS 16 diciembre 2020 (rec. 2081/2019).

duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de esa disposición» (apartado 106).

Así las cosas, cabe preguntarse, para concluir, si a la vista de las actuales coordinadas normativas y jurisprudenciales que impactan sobre la categoría del personal indefinido no fijo, es esta una medida que puede servir para prevenir y sancionar efectivamente el fraude en la contratación temporal.

A este respecto, cabe incidir en que el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo proporciona al trabajador cierto derecho a la estabilidad en el empleo, pudiendo mantenerse en el puesto hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o la misma se amortice. Lo que en ningún caso tiene garantizado es el acceso automático a la fijeza laboral, pues ello entraría en contraposición con los principios que rigen el acceso al empleo público en nuestra Constitución.

Es cierto que los plazos legales para la convocatoria y celebración de los procesos selectivos no suelen cumplirse, lo que en el caso de los indefinidos no fijos e interinos por vacante se traduce en una expectativa de permanencia en el empleo durante varios años. Pero, a la postre, el indefinido no fijo puede ser cesado si no participa en el proceso selectivo o si, habiéndolo hecho, la plaza es adjudicada a un tercero.

En el supuesto de que el indefinido no fijo cause baja en el puesto por no superación del proceso selectivo, la jurisprudencia social se decantó en 2017 por aplicar analógicamente la indemnización del despido objetivo prevista en el art. 53.1.b ET. Y ya hemos tenido ocasión de comprobar que, con matices, esta misma indemnización es la que ha consagrado el legislador en la Ley 20/2021 como resarcimiento para quienes ven extinguida su relación con las administraciones públicas tras varios años de prestación de servicios (más de tres).

Según la jurisprudencia comunitaria<sup>32</sup>, una indemnización tasada puede ser una medida adecuada, pero no suficiente, porque para serlo debe ir acompañada de otras dos medidas:

- que el trabajador tenga la oportunidad de reclamar de la entidad empleadora una indemnización dirigida a la reparación íntegra del daño, no tasada ni limitada, por las oportunidades de empleo perdidas;
- que, en el caso del sector público, no basta con la reparación del daño producido al concreto trabajador, sino que es preciso también establecer sanciones disuasorias para «prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada» por parte de la entidad empleadora en relación con otros trabajadores y de futuro, como pueden ser, a título

---

<sup>32</sup> Vid. STJUE 7 marzo 2018, asunto C-494/16, *Giuseppa Santoro c. Comune di Valderice y Presidenza del Consiglio dei Ministri*.

de ejemplo: que las administraciones estén obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción haya sido intencional o resultado de una falta grave; que la infracción se tenga en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos y les impida obtener complementos salariales vinculados al resultado; que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción. El órgano judicial debe comprobar si estas medidas tienen carácter efectivo y disuasorio para garantizar el cumplimiento.

Puede considerarse que esta indemnización de veinte días de salario, que tiene el tope de doce mensualidades, es insuficiente para cumplir con el objetivo de prevenir y sancionar los abusos en la concatenación de contratos temporales, especialmente cuando se trata de personal temporal que lleva vinculado a la Administración desde varios años atrás. De ahí que hayan aparecido algunas propuestas de reconocimiento de indemnizaciones por cese que resulten verdaderamente disuasorias, tales como la aplicación analógica de las cuantías establecidas en la LISOS, la indemnización por despido improcedente o, incluso, el reconocimiento de una indemnización (no tasada) por daños y perjuicios *ex* art. 1101 ss. del Código Civil<sup>33</sup>. El problema es que estas indemnizaciones no tienen encaje en el vigente sistema legal para el caso aquí considerado (cese de personal indefinido no fijo por cobertura de la plaza), y resultaría muy problemático el recurso judicial a la analogía.

Pero podría ocurrir que estemos ante un falso dilema y que el derecho a la estabilidad del personal indefinido no fijo esté más garantizado por el sistema de lo que a simple vista parece. Es por ello que centrar el debate en la cuantía de la indemnización a devengar por el personal indefinido no fijo en el supuesto de no obtener la plaza, puede resultar un ejercicio bizantino si consideramos que esa situación raras veces se dará en la práctica. En efecto, la mayoría de las personas con relación laboral indefinida no fija que participan en los correspondientes procesos selectivos consolidan las plazas a las que optan, pues es absolutamente habitual que los procedimientos de acceso se diseñen, no para estabilizar las plazas, sino a las personas que las vienen ocupando desde tiempo atrás. El mismo Estado – en su acepción amplia, entendido como poder público – que con su incuria consiente y

---

<sup>33</sup> *Cfr.* D. ZAFRA MATA, *op. cit.*, pp. 213-222.

promueve la concatenación de contratos temporales en fraude de ley, habilita periódicamente los mecanismos necesarios para amortizar el exceso de temporalidad, organizando procesos de estabilización de empleo contruidos sobre la base de sistemas de acceso endogámicos – como el concurso – que sobrevaloran la experiencia profesional de los candidatos internos, resintiéndose de este modo los principios de libre concurrencia, transparencia e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público. El candidato predestinado acostumbra a ser quien obtiene la plaza.

Buena prueba del recurso a esta “válvula de escape”, con la que se persigue liberar presión en el muy congestionado sistema de empleo público, la encontramos en la tantas veces citada Ley 20/2021, que ha previsto la celebración, hasta el 31 de diciembre de 2024, de multitud de procesos de estabilización en las distintas administraciones públicas (incluido el sector público empresarial), buscando favorecer a aquellas personas con vinculación temporal (o indefinida no fija) que se encuentren desempeñando de forma ininterrumpida las plazas durante al menos los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020 (con mayores facilidades para quienes las estén interinando desde antes de 1º de enero de 2016).

Se podrá objetar, no obstante, que los procesos de estabilización de empleo público temporal (de larga duración) no constituyen una solución integrada de forma estructural o permanente en nuestro ordenamiento, sino que dependen de una decisión política cuya activación no tienen garantizada las personas afectadas, pudiendo así cuestionarse, una vez más, que estemos ante una medida que contribuya eficazmente a evitar y, llegado el momento, sancionar el encadenamiento abusivo de nombramientos y contratos temporales en el sector público, en los términos requeridos por la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Para concluir, cabe señalar que estamos a la espera de la respuesta del TJUE a una nueva y completísima cuestión prejudicial, formulada en esta ocasión por la Sala de lo Social del TSJ Madrid (auto 21 diciembre 2021)<sup>34</sup> en la que, a lo largo de sus 79 densas páginas, el TSJ de Madrid hace un profuso recorrido sobre la situación de la temporalidad en el sector público español e interroga, entre otros extremos, al TJUE acerca de si puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias dirigidas a prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada por las administraciones públicas. En particular, y por lo que

---

<sup>34</sup> El texto del auto del TSJ madrileño por medio del cual se formulan las cuestiones al TJUE, y un esmerado análisis del mismo, en I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, [Directiva 1999/70 y nueva cuestión prejudicial: ¿la condición de indefinido no fijo \(tras 20 años\) es una respuesta adecuada al abuso en la temporalidad? \(ATSJ Social Madrid 21/12/21\)](#), en [ignasibeltran.com](#), 24 diciembre 2021.

interesa al objeto de este trabajo, el órgano proponente de la cuestión interpela al TJUE acerca de si, en caso de considerar que no existen medidas suficientemente disuasorias en la legislación española, la consecuencia de la vulneración de la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE por un empleador público debe ser la consideración del contrato como indefinido no fijo o debe reconocerse al trabajador como fijo plenamente, sin matizaciones; si la conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma debe imponerse, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, incluso si se considerase contraria a los arts. 23.2 y 103.3 CE; y si la conversión del contrato en fijo, en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma, puede no aplicarse si antes de que esa conversión sea decretada judicialmente se por medio de una Ley un proceso de consolidación del empleo temporal que debe desarrollarse los próximos años, que supone realizar convocatorias públicas para la cobertura de la plaza ocupada por el trabajador, teniendo en cuenta que en dicho proceso debe garantizarse «el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad» y por tanto el trabajador objeto del uso sucesivo de contrataciones o renovaciones temporales puede consolidar su plaza, pero también no hacerlo, por ser adjudicada a otra persona, en cuyo caso su contrato se extinguiría con una indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año trabajado hasta el límite de una anualidad de salario.

El análisis realizado por el TSJ de Madrid es impecable, y las cuestiones formuladas muy pertinentes. Ahora cabe confiar en que la máxima instancia judicial comunitaria, torciendo su habitual metodología, no se limite a ofrecer respuestas evasivas sino directas y concluyentes a lo que se le pregunta, lo que permitiría despejar muchas de las incertidumbres que todavía pesan sobre la figura del indefinido no fijo.

## 11. Bibliografía

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2022), *[En caso de reversión en el sector público y aplicación del art. 44 ET el personal debe ser fijo \(y ¿una nueva situación para declarar la relación indefinida no fija?\)](#)* (STS 28/1/22), en *[ignasibeltran.com](#)*, 17 febrero

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2021), *[Directiva 1999/70 y nueva cuestión prejudicial: ¿la condición de indefinido no fijo \(tras 20 años\) es una respuesta adecuada al abuso en la temporalidad?](#)* (ATSJ\Social Madrid 21/12/21), en *[ignasibeltran.com](#)*, 24 diciembre

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2021), *¿Fijezga o indefinido no fijo? Nueva cuestión prejudicial cuestionando la respuesta laboral a la temporalidad abusiva (Auto JS/3 Barcelona 27/6/21)*, en [ignasibeltran.com](http://ignasibeltran.com), 30 julio
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2021), *Los interinos por vacante se convierten en indefinidos no fijos si superan un plazo de tres años: comentario de urgencia a la STS\Pleno 28/6/21*, en [ignasibeltran.com](http://ignasibeltran.com), 29 junio
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I. (2021), *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo
- CASAS BAAMONDE M.E. (2019), *El fraude en la contratación temporal: su duración “inusualmente larga” (del contrato de interinidad para la cobertura de vacantes en el sector público y el plazo de tres años del artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público)*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 3, pp. 1-10
- CAVAS MARTÍNEZ F. (2018), *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum
- LÓPEZ BALAGUER M., RAMOS MORAGUES F. (2022), *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch
- ROJO TORRECILLA E. (2021), *La saga “personal interino laboral”. Modificación de la jurisprudencia del TS (y a la espera de la anunciada reforma del EBEP). Análisis de la sentencia de 28 de junio de 2021*, en [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es), 1º julio
- ROQUETA BUJ R. (2020), *Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 442, pp. 23-61
- ZAFRA MATA D. (2022), *Fraude de ley en la contratación del personal laboral. Indefinido no fijo*, en J.M. CAMPOS DAROCA, D. ZAFRA MATA, *Consolidación y estabilización del empleo público temporal. Ley 20/21 de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*, Wolters Kluwer



**ADAPT** es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”, construyendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y de trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternacional.it](mailto:redaccion@adaptinternacional.it).