

## RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

### INEFICACIA DE LA CONVERSIÓN EN *INDEFINIDO NO FIJO* EN EL SECTOR PÚBLICO CONFORME A LA DIRECTIVA 1999/70/CE

*Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-86/14, de 11 de diciembre de 2014*

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La demandante en el litigio principal comenzó a trabajar para el Ayuntamiento de Huétor Vega el 8 de octubre de 2001 como redactora/locutora, prestando sus servicios en un periódico local llamado *La Voz de Huétor Vega* y en una emisora de radio. Fue contratada mediante un contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado que se extinguió el 7 de octubre de 2004. El 10 de noviembre de 2004, suscribió un nuevo contrato temporal por obra o servicio determinado, cuyo objeto declarado en el contrato era el lanzamiento y consolidación de nueva etapa del periódico municipal y tareas de apoyo a la emisora municipal, y continuó trabajando de forma ininterrumpida, hasta que en sesión de fecha 17 de diciembre de 2012 el Ayuntamiento aprobó una modificación de la relación de puestos de trabajo existentes en esa entidad local, suprimiendo algunos de ellos, entre los cuales se encontraba el de la trabajadora demandante, como consecuencia del cierre de la radio local y de la reducción de personal en el periódico municipal. Fue cesada por la entidad empleadora con efectos de 31 de diciembre de 2012 al haberse amortizado su puesto de trabajo, sin que el Ayuntamiento abonara cantidad alguna a la trabajadora en concepto de indemnización de cualquier tipo derivada de la extinción de la relación laboral.

**RESUMEN:** Interpuesta demanda por la trabajadora cesada, en la que solicitaba que se declarara la improcedencia del despido, el pago de una indemnización o su readmisión en el Ayuntamiento, el Juzgado de lo Social número 1 de Granada suspende el procedimiento mediante Auto de 7 de febrero de 2014 y plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuatro cuestiones prejudi-

\* Profesora C. Doctora y Titular de Universidad acreditada de Dº del Trabajo y de la Seguridad Social.

ciales, resolviendo la Sala Octava de dicho Tribunal mediante Auto de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14. La Sala en respuesta a las cuestiones planteadas, declara: 1) Que el trabajador indefinido no fijo está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE. 2) Que el Acuerdo anexo a la citada Directiva se opone a la normativa nacional española dado que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público. 3) Que incumbe al Juez nacional remitente apreciar qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador indefinido no fijo como la demandante para considerar que constituye una medida suficientemente efectiva para evitar los abusos en el sentido del Acuerdo Marco, así como interpretar el Derecho interno conforme al Derecho de la Unión Europea.

#### ÍNDICE:

1. APLICACIÓN AL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA
2. LA CONVERSIÓN EN TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO COMO SANCIÓN AL USO ABUSIVO DE CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN EL SECTOR PÚBLICO
3. LA NECESIDAD DE MEDIDAS EFICACES CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO

### **1. APLICACIÓN AL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE, RELATIVA AL ACUERDO MARCO DE LA CES, LA UNICE Y EL CEEP SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA**

Para el Juzgado remitente de las cuestiones prejudiciales “aunque la denominación de estos trabajadores dada en nuestro Derecho sea de indefinidos no fijos, de acuerdo a la definición que hace la Directiva (1999/70/CE) se trata en realidad de un trabajador con contrato de duración determinada, puesto que el vínculo laboral mantiene su vigencia hasta que se produzca un evento concreto, en este caso la decisión de la Administración bien de cubrir la plaza mediante proceso selectivo o traslado entre funcionarios, bien de amortizarla. Esto queda claro en la jurisprudencia que define la figura...”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Auto del Juzgado de lo social número 3 de Granada, de 7 de febrero de 2014, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013, según la cual “*se trata de contratos*”

No obstante la anterior afirmación, el Juzgado plantea al TJUE como cuestión prejudicial si el trabajador indefinido no fijo, tal y como está configurado legal y jurisprudencialmente en nuestro ordenamiento, es un trabajador con contrato de duración determinada conforme a la definición de la Directiva 1999/70/CE. Como se evidencia, la cuestión no se refiere a si la citada Directiva es de aplicación al sector público, extremo éste que ya fue resuelto en sentido afirmativo en sendas sentencias de TJUE de 2006, en las que se afirma que el Acuerdo marco no identifica ningún sector de actividad que pueda ser excluido de su ámbito de aplicación, a excepción de algunas relaciones laborales o de formación profesional<sup>2</sup>. Es la peculiar figura existente en nuestro país del trabajador indefinido no fijo, de configuración jurisprudencial, la que se somete a pregunta en el sentido de si debe considerarse incluida en el ámbito de aplicación de la citada Directiva como relación laboral de duración determinada y, por tanto, beneficiarse de las medidas previstas en la cláusula 5.1 del Acuerdo marco anexo a aquélla, según el Juzgado remitente.

La respuesta del Tribunal de Justicia es afirmativa en base a su propia jurisprudencia sobre la materia, en la que se ha afirmado ya en otras ocasiones que la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco anexo se aplican a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador (sentencias Del Cerro Alonso, C 307/05; Rosado Santana, C 177/10; y Valenza y otros, C 302/11 a C 305/11). En el caso de autos se desprende claramente para el Tribunal europeo que la demandante se encuentra en este supuesto, ya que ha estado vinculada a su empleador sucesivamente mediante dos contratos de

*sometidos también a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por tanto, cuando por amortización de ésta no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.b) del ET y del art. 1117 del Código Civil*". Según el Auto citado, "No debe olvidarse que la decisión de cubrir la plaza mediante un procedimiento administrativo, o amortizarla, depende exclusivamente de la decisión de la propia Administración".

<sup>2</sup> Sentencias de 7 de septiembre de 2006, asunto Marrosu C-53/06 y asunto Vasallo C-180/06, en las que a mayor abundamiento se recuerda que según reiterada jurisprudencia, "*una directiva puede invocarse no sólo frente a las autoridades del Estado, sino también frente a organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se derivan de las normas aplicables en las relaciones entre particulares, tales como las entidades territoriales o aquellos organismos a los que, con independencia de su forma jurídica, se les haya encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última (sentencias de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, 103/88; de 12 de julio de 1990, Foster y otros, C-188/89; y de 5 de febrero de 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02)*".

trabajo de duración determinada, en el sentido de las cláusulas 2 y 3, apartado 1, del Acuerdo marco, y que la relación laboral entre ella y su empleador se convirtió posteriormente, como sanción, en una relación laboral de carácter indefinido no fijo, con arreglo a la normativa nacional. Conviene aclarar que al momento de plantear la demanda por despido, la trabajadora estaba vinculada formalmente al Ayuntamiento mediante contrato de duración determinada por obra o servicio, por lo que todavía no había sido declarada judicialmente su relación como indefinida no fija. Es al momento de dictar sentencia cuando el Juzgado se plantea la duda de si, debiendo declararla de tal naturaleza, esto es indefinida no fija, se le aplican las disposiciones de la Directiva 1999/70/CE o no.

En relación a si dicha relación laboral entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70, el Tribunal de Justicia diferencia a estos efectos el tipo de relación laboral que *ab initio* unía a la trabajadora con la entidad pública empleadora, del tipo de relación que pasa a tener después por conversión de su relación en indefinida no fija. Para la Sala “*Carece de importancia a este respecto que el contrato de trabajo se denomine tras su conversión «contrato indefinido no fijo», dado que, como se desprende del auto de remisión, tal conversión es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos*” (Apdo. 41).

De la anterior afirmación se puede colegir que para el Tribunal de Justicia la naturaleza del contrato de trabajo que une a las partes es la misma, antes y después de la conversión, dado que dicha conversión es una sanción que no modifica la propia naturaleza del contrato. Dicho de otra manera, para el Tribunal la sanción consiste en cambiar la denominación al contrato inicial por obra o servicio determinados por otra como *indefinido no fijo*, pero dado el tratamiento que recibe el mismo, sigue siendo temporal, por lo que entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, en concreto, en el concepto de trabajador que a los efectos del ámbito de aplicación recoge el Acuerdo marco en su cláusula 3.1.

En efecto, tal como está configurada jurisprudencialmente la figura del trabajador indefinido no fijo, “el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de éstas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión

regular del mismo y, producida ésta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo<sup>3</sup>.

Para la doctrina, el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos consistirá en que el contrato temporal ilícito se prolonga en el sector público hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente, lo que no equivale a la adquisición por el trabajador de fijeza con adscripción definitiva al puesto ocupado. “La valoración judicial no es identificable, por tanto, con la proclamación del carácter indefinido de la relación laboral ordinaria, pues la calificación de fijeza corresponde a la posición subjetiva del trabajador, garantizándole la estabilidad en la plaza, mientras la afirmación de aquel carácter indefinido queda aquí referida objetivamente al vínculo, pero no al empleado en sí mismo considerado<sup>4</sup>.”

Diferenciación criticada incluso en el seno del propio TS porque equivale a consagrar una situación de interinidad<sup>5</sup>. “La jurisprudencia unificada se aparta así de propuestas interesantes que se habían efectuado desde la doctrina y que eran más garantistas para el trabajador indefinido no fijo, como la de que se considerase que éste tenía derecho a un puesto de trabajo, pero no necesariamente el que ocupaba<sup>6</sup>.”

Más adelante, en esa constante evolución de la configuración jurisprudencial del indefinido no fijo, el TS concretará que la causa de extinción contractual al cubrirse reglamentariamente la plaza tiene que subsumirse en el art. 49.1.b) ET como una condición resolutoria válidamente consignada en el contrato de trabajo<sup>7</sup>. Esta misma causa de extinción será considerada también posterior-

<sup>3</sup> STS de 7 de octubre de 1996, (RJ 1996\7492).

<sup>4</sup> S. Rodríguez Escanciano, “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, 42/2010, Aranzadi, Pamplona. 2010, con cita de la STS, Sala IV, 20 enero 1998 (RJ 1998, 1000).

<sup>5</sup> Vid. Voto particular a la STS de 20 de enero de 1998.

<sup>6</sup> C. L. Alfonso Mellado, “Contratación temporal en unificación de doctrina”, Revista de Derecho Social nº 18, 2002, p. 200, con cita de J.M. Goerlich Peset y J. Vega López.

<sup>7</sup> STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/9893). Para A. M. Romero Burillo, “El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla”, Actualidad Laboral nº 6, 2014, tal interpretación produce un agravio comparativo en la extinción de un trabajador indefinido no fijo de plantilla que no percibirá ninguna indemnización en relación a otros supuestos en el sector público cuya extinción sí comporta compensación económica. En similar sentido, J. Lahera Forteza, “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la administración pública”, *Jurisprudencia Social. Análisis crítico*, primera edición, La Ley, Madrid, 2011, para quien “la causa extintiva que mejor se adapta al cese del trabajador indefinido no fijo es, como defiende el voto particular, el despido objetivo por razones organizativas del art. 49.1.i) ET”.

mente por el TS como la aplicable en caso de extinción del contrato por amortización de la plaza ocupada por el trabajador indefinido<sup>8</sup>. Además por primera vez se va a considerar el derecho a la indemnización prevista para la extinción de contratos temporales, por aplicación analógica del art. 49.1.c) ET cuando la causa de extinción es la cobertura reglamentaria de la plaza, dado que para el Tribunal de no ser así existiría una situación de trato desigual injustificado<sup>9</sup>.

En esa lógica de equiparación del indefinido no fijo en cuanto a las causas de extinción al interino por vacante, para el Alto Tribunal no cabe identificar el contrato indefinido no fijo con el contrato indefinido previsto en los arts. 8 y 11 del EBEP, ya que “la incorporación de la referencia a los indefinidos en el EBEP no ha tenido por objeto recoger la figura del indefinido no fijo delimitada por la jurisprudencia, ni crear con carácter general un ‘tercium genus’ (sic) entre fijos o temporales”<sup>10</sup>. No obstante, hay algunas normas autonómicas que sí aluden expresamente esta figura<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> STS de 22 de julio de 2013, (RJ 2013/7657). También cuenta con un voto particular, al que se adhieren cinco magistrados más, que discrepa de esta interpretación por entender que en estos casos la administración pública empleadora debería seguir los cauces de extinción del art. 52.c) ET.

<sup>9</sup> STS 22 de julio de 2013, (RJ 2013/7657), según la cual “la eventual desigualdad se repararía reconociendo el derecho a la indemnización; no excluyendo la aplicación de una causa de extinción prevista legalmente. Por otra parte, la premisa de la que se parte -que no hay derecho a la indemnización- está excluyendo de entrada una interpretación analógica de los apartados b) y c) del número 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, esa interpretación analógica lleva a la conclusión de que la indemnización sí resulta aplicable a supuestos como el presente” (FD sexto).

<sup>10</sup> *Ibidem*. Para el TS, la referencia al empleado indefinido en el EBEP, que no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD de 27.9.2006), ni en el que el Congreso remitió al Senado (BOCG/S, 20.1.2007), “se incorporó durante la tramitación en éste, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos, en las que, junto al personal laboral fijo y al temporal, se añadía el indefinido, con la finalidad de que “también el profesorado de religión esté contemplado en este artículo” (BOCG/S 21.2.2007). La razón última de la inclusión está en que estos profesores, según su regulación específica (disposición adicional 3ª de la Ley Orgánica 2/2006 (RCL 2006, 910) y artículos 3, 4 y 6 del Real Decreto 696/2007 (RCL 2007, 1120), no son temporales, pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesial excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 del Estatuto Básico del Empleado Público”.

<sup>11</sup> Vid. al respecto S. de Soto Rioja, “Legislación presupuestaria y autonomía colectiva en el sector público”, Revista Temas Laborales 120/2013, p. 528, que analiza la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, que incluye al personal laboral indefinido no fijo declarado como tal por resolución judicial o administrativa, junto a funcionarios

Esta misma equiparación va a ser mantenida en la STS de 24 de junio de 2014, en la que pese a llevar a cabo una rectificación de doctrina en lo que se refiere a los efectos de la extinción del contrato indefinido no fijo por amortización de la plaza, y el procedimiento a seguir, sigue equiparando al indefinido no fijo con el contrato de interinidad por vacante<sup>12</sup>. A estos efectos, considera la Sala que la Disposición Adicional Vigésima del ET, relativa a la aplicación de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, al dar prioridad de permanencia al personal fijo evidencia que la misma se aplica también, al personal indefinido no fijo y al interino por vacante.

Resulta evidente, por tanto, que a los efectos de su extinción el tratamiento que da la jurisprudencia del TS al contrato indefinido no fijo es la de un contrato temporal<sup>13</sup>, sin perjuicio de que durante el desarrollo de la relación laboral el tratamiento en sus condiciones de trabajo deba ser igual a la de los empleados fijos. Entendemos que este tratamiento como temporal del indefinido no fijo por los tribunales nacionales es el tenido en cuenta por el TJUE para concluir que dicha figura entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva

interinos, personal estatutario temporal y personal laboral temporal, como grupo objeto de su ámbito de aplicación. Para el autor, las medidas que contiene la citada norma para los empleados públicos temporales, incluidos expresamente los indefinidos no fijos, puede ser contraria a las disposiciones de la Directiva 1999/70/CE, “por el trato diferenciado que se le permite dispensar a un concreto empleador respecto de sus trabajadores temporales, en comparación con el que se le reserva a su personal fijo e indefinido, sin que se salvaguarde expresamente tampoco el necesario elemento de voluntariedad en la transformación de la dedicación de tiempo completo a tiempo parcial, por muy temporal y no definitiva que sea la medida”.

<sup>12</sup> CENDOJ (Roj: STS 3081/2014). Así, la Sala considera que debe rectificar la doctrina sentada en sus sentencias anteriores al entender que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52-c) del E.T. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva R.P.T., supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva R.P.T. tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos.

<sup>13</sup> Para A. J. Valverde Asencio, “La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública”, *Temas Laborales* 86/2006, pp. 219 y 220, refiriéndose a la creación jurisprudencial de la figura indefinida no fija, “El resultado final ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración pública que se asimila a una forma de relación temporal. No es tan cierto que no sometida a término — como se ha intentado poner de manifiesto por parte del propio Tribunal Supremo —, porque si la cobertura de la vacante —o, en su caso, la amortización de la plaza— es obligación de la Administración es claro que el término ha de producirse, aunque éste sea incierto”.

1999/70/CE, pues según dicho Tribunal no modifica la naturaleza de estos contratos su conversión en indefinido no fijo, al ser dicha conversión una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público.

Pero tras tal afirmación, analiza el Tribunal si la sanción consistente en la de conversión en indefinido no fijo es una medida eficaz que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes para sancionar debidamente una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos.

## **2. LA CONVERSIÓN EN TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO COMO SANCIÓN AL USO ABUSIVO DE CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN EL SECTOR PÚBLICO**

La premisa de la que parte el Juzgado remitente es la de que una relación laboral por tiempo indefinido no fijo puede extinguirse por decisión unilateral del empleador de proveer o amortizar la plaza del trabajador de que se trata, sin abonarle indemnización alguna, y dado que no existe otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno para sancionar tales abusos, por tanto, plantea la cuestión prejudicial de si nuestra normativa nacional se opone al Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Tras el pertinente recordatorio por parte del TJUE de que el Derecho comunitario no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe no obstante la existencia de abusos, y que corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación, también recuerda la exigencia comunitaria de que dichas medidas sean proporcionadas y lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco<sup>14</sup>.

Además, se enfatiza por el Tribunal europeo la necesidad de que la aplicación de las medidas adoptadas por el derecho interno deben respetar el principio de equivalencia (no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno) y el principio de efectividad (no deben hacer impo-

<sup>14</sup> Con cita de sus sentencias Adeneler y otros, C 212/04, EU:C:2006:443, apartado 94; Marrosu y Sardino, C 53/04, EU:C:2006:517, apartado 51, y Vassallo, C 180/04, EU:C:2006:518, apartado 36; el auto Vassilakis y otros, C 364/07, EU:C:2008:346, apartado 125; la sentencia Angelidaki y otros, EU:C:2009:250, apartado 158; el auto Koukou, C 519/08, EU:C:2009:269, apartado 64, y la sentencia Fiamingo y otros, EU:C:2014:2044, apartado 62.

sible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión).

El art. 2, párrafo primero de la Directiva 1999/70/CE establece que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. El Acuerdo marco anexo a la citada Directiva tiene como objeto establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (cláusula 1. b.). Y de otro lado, impone a los Estados miembros la obligación de introducir una o varias de las medidas que relaciona, para el caso de que no existan medidas equivalentes, con el objeto de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada (cláusula 5). Las medidas que se relacionan en la citada cláusula, que habrán de tener en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, son: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Se puede afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico-laboral estas medidas existen [arts. 15 y 49.c) ET], sancionando su incumplimiento con la conversión de la relación laboral en indefinida, tanto si estamos en una contratación temporal fraudulenta como si se trata de una contratación temporal sucesiva y abusiva, lo que supone cierta eficacia de la sanción al menos en el ámbito privado para el que originariamente estaba prevista. Sin embargo, al extenderse la aplicación de la norma sancionadora al ámbito público, [Disposición Adicional 15ª ET para el supuesto de contratación abusiva<sup>15</sup>, y art. 15.3 ET para la contratación fraudulenta por interpretación jurisprudencial], la sanción consistente en la conversión de la relación en indefinida no es plenamente posible (sin fijeza) por respeto a los principios de mérito y capacidad exigidos constitucionalmente para el acceso al empleo público y, por tanto, ineficaz desde la perspectiva de la temporalidad del vínculo, en definitiva.

Desde esa perspectiva, los efectos de esta conversión en indefinido no fijo como que el mantenimiento de la relación laboral depende de la administración

<sup>15</sup> Para A. J. Valverde Asencio, “La limitación a la sucesión de contratos temporales. Un análisis del art. 15.5 del estatuto de los trabajadores (y II)”, *Relaciones* 2/2008, “la aplicación del citado art. 15.5 en caso de incumplimiento por parte de las Administraciones públicas del límite a la sucesión de contratos conllevaría, a lo sumo, la consideración como indefinidos —nunca como fijos— de los trabajadores afectados; limitándose sus derechos a los preestablecidos por la doctrina del Tribunal Supremo al respecto”.

empleadora que puede actuar o no según su propia decisión las causas de extinción del mismo (por provisión reglamentaria de la plaza o amortización de la misma), unido al hecho de que dicha extinción nunca ha llevado aparejado el reconocimiento de indemnización para el trabajador, según doctrina jurisprudencial consolidada, ha llevado al TJUE a considerar que la medida establecida en Derecho español para sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en el sector público, a saber, la conversión de la relación laboral de duración determinada en relación laboral de carácter indefinido no fijo, es ineficaz. Y que, por tanto, el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos.

Este pronunciamiento del TJUE adquiere especial trascendencia, teniendo en cuenta que para nuestro TS, sentencia de 22 de julio de 2013<sup>16</sup>, la cláusula 5 del Acuerdo marco no es aplicable al indefinido no fijo porque “en absoluto se trata de un supuesto de utilización abusiva de vínculos sucesivos de duración determinada. Por el contrario, estamos ante un único vínculo que no tiene carácter temporal, sino que está únicamente sometido a condición resolutoria. No hay, por tanto, ni abusos, ni sucesión de contratos, ya que se está en una situación estable, a la que además el trabajador puede poner fin pidiendo la convocatoria de la vacante. Así, la culpa de la Administración en no convocar puede relacionarse con el aquietamiento del trabajador en no pedir la convocatoria, ponderando quizá la eventual concurrencia de terceros”.

Incluso se argumenta en la citada sentencia la hipótesis de que se admitiera que el contrato indefinido no fijo es un caso de utilización sucesiva de contratos de duración determinada, que no lo es según el Alto Tribunal, se aplicarían no una, sino las tres garantías de la cláusula, ya que: 1<sup>a</sup>) hay una razón objetiva para la aplicación de esta modalidad contractual como de duración determinada: la garantía del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; 2<sup>a</sup>) hay una duración máxima que depende de la convocatoria de la vacante y que el trabajador contratado puede activar y 3<sup>a</sup>) se excluye la sucesión, porque no hay renovaciones del contrato”.

<sup>16</sup> STS de 22 de julio de 2013, (RJ 2013/7657).

Entendemos errónea esta argumentación en tanto se mezcla causa y consecuencia del abuso en la contratación temporal, esto es, se parte de la premisa que es el contrato indefinido no fijo el que debe cumplir con las medidas citadas como si de una modalidad ordinaria de contrato temporal y lícita se tratara, que debe tener una razón objetiva que justifique su temporalidad y una duración máxima. Como se mantiene en el Auto del TJUE que se comenta, la conversión en indefinido no fijo es la consecuencia o la sanción al abuso en la contratación temporal, por tanto, no es esta sanción la que debe cumplir con las medidas para prevenir tales abusos, sino la legislación sobre contratación temporal.

Tanto es así, que la propia sentencia del TS afirma después que “el contrato indefinido no fijo constituye precisamente el medio de prevención y de reacción contra la utilización abusiva de los contratos temporales en por las Administraciones Públicas“. Pero enseguida se justifica que, por exigencias constitucionales, ha de mantenerse la necesidad de que la plaza sea objeto de convocatoria pública para garantizar su cobertura en términos de igualdad, mérito y publicidad por todos los ciudadanos. Y que en ese sentido hay que tener en cuenta que el indefinido no fijo no queda indefenso frente a la no convocatoria de la plaza por la Administración, pues tiene acción para pedir su convocatoria. Tampoco queda indefenso ante las decisiones de amortización, pues puede impugnarlas.

El voto particular formulado a la citada sentencia, al que se adhieren cinco magistrados más, considera sin embargo que la conversión en indefinido no fijo como sanción a los sucesivos contratos temporales irregulares concertados con una Administración Pública, sí es contrario a lo establecido en la mencionada Directiva y el Acuerdo marco, ya que puede ser extinguido como consecuencia de amortización sin derecho a ningún tipo de indemnización, lo que resulta contrario al principio de no discriminación (cláusula 4), por la diferencia de trato a un trabajador fijo de inicio con respecto a un trabajador indefinido no fijo; y contrario a la cláusula 5 (Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de contratos sucesivos o relaciones laborales de duración determinada), por falta de reparación de los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo de la Administración Pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Tanto para los magistrados discrepantes como para la mayoría de la doctrina científica, la conversión en indefinido no fijo sería una medida equivalente y eficaz como sanción al abuso en la contratación temporal en el sector público si va acompañada de una indemnización para el trabajador en caso de que la relación se extinga por la cobertura reglamentaria de la plaza o por amortización. Además, y para el supuesto de extinción por amortización de la plaza, se mantiene que la aplicación de la causa objetiva legalmente procedente - despido objetivo por causas organizativas del artículo 52 c) del ET con derecho

a la indemnización pertinente, previos los tramites del artículo 53 ET - deviene en una medida alternativa, equivalente y efectiva a la prohibición de convertir los contratos temporales en indefinidos fijos en el sector público. En opinión de los magistrados que formulan el voto particular, esta medida logra combinar la preservación de los procesos de selección en el empleo público y la reparación económica al trabajador indefinido no fijo, cuando se le extingue su contrato de trabajo por causas objetivas, al tiempo que cumple el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido rectificadas posteriormente por el TS en sentencia de 24 de junio de 2014<sup>17</sup>, de fecha posterior al Auto del Juzgado remitente de las cuestiones prejudiciales y anterior al Auto del TJUE comentado. Pese a que la cuestión objeto de litis es la extinción colectiva de contratos de interinidad por vacante debido a la amortización de dichas plazas en la RPT, la sentencia hace extensivas sus argumentaciones de forma reiterada a la figura del indefinido no fijo. En resumen, se afirma que tanto en un caso como en otro, la amortización de la plaza supone una extinción *ante tempus* del contrato y que por aplicación de la Disposición Vigésima del ET<sup>18</sup>, que da prioridad de permanencia al personal fijo, resulta evidente que la misma se aplica también al personal indefinido no fijo y al interino por vacante.

Para la Sala, por tanto, “la aplicación de esta nueva normativa a los trabajadores denominados indefinidos no fijos es indudable porque la extinción de los contratos de este tipo es computable al efecto de considerar el despido, como colectivo, conforme al penúltimo párrafo del citado art. 51-1 del E.T. que excluye del cómputo las extinciones de contratos temporales que se produzcan con arreglo al art. 49-1-c) del texto legal citado”. De forma más argumentada, se concluye que dicho procedimiento también se aplica a los contratos interinos por vacantes, aunque se trate de contratos sometidos a término. De manera que tanto en un caso como en otro, el TS rectifica su doctrina anterior al considerar ahora que la extinción por amortización debe seguir los cauces del art. 51 o 52.c) en función del número de extinciones operadas, que como es sabido contemplan el abono de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio o parte proporcional.

<sup>17</sup> CENDOJ (Roj: STS 3081/2014).

<sup>18</sup> Sobre la incidencia de la nueva Disposición Vigésima del ET al indefinido no fijo, vid. A. Selma Penalva, “El trabajador indefinido no fijo en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas práctico en torno a esta figura”, Relaciones Laborales 11/2014, para quien resulta contrario al principio de seguridad jurídica que la norma citada deje a elección del ente, organismo o entidad dar prioridad de permanencia a los trabajadores fijos.

Pero resulta llamativo que a lo largo de la sentencia citada no se aluda en ningún momento a si dicha medida (la de exigir la vía de los arts. 51 o 52.c. ET para las extinciones de contratos indefinidos no fijos por amortización de la plaza) se interpreta y aplica judicialmente a los indefinidos no fijos en cumplimiento de las exigencias de la Directiva 1999/70/CE que obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para evitar el abuso en la contratación temporal, y que las mismas sean efectivas.

### **3. LA NECESIDAD DE MEDIDAS EFICACES CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO**

Sin duda la rectificación de doctrina jurisprudencial en el sentido antes expuesto debe valorarse positivamente, pues supone un avance en la protección de los trabajadores que son objeto de contrataciones temporales abusivas en el sector público. Desde la perspectiva de posición jurídica del trabajador supone como mínimo evitar un tratamiento desfavorable del indefinido no fijo respecto de otros trabajadores contratados regularmente, situación ésta que venía produciéndose hasta ahora y que ha sido objeto de continua crítica por la doctrina, y por el propio Juzgado remitente de las cuestiones prejudiciales.

La pérdida de empleo que experimenta el trabajador indefinido no fijo, ya sea por la cobertura reglamentaria de la plaza sin haberla obtenido, ya sea por amortización de la plaza, ya va a ser reparada mediante indemnización según la actual interpretación jurisprudencial. En el primer caso, con la indemnización prevista en nuestro ordenamiento para las extinciones de contratos temporales (art. 49.1.c. ET), en cuantía de doce días de salario por año de servicio o parte proporcional. En el segundo caso, una vez probada por la administración pública la causa económica, técnica, organizativa o de producción alegada y siguiendo el procedimiento de despido colectivo o despido objetivo (arts. 51, 52 y 53 ET), la indemnización será la prevista para este tipo de extinciones, esto es, la de veinte días por año de servicio o parte proporcional, con un máximo de doce mensualidades.

Es más que probable que estas medidas cumplan con el principio de equivalencia y efectividad exigido por la Directiva 1999/70/CE, tal como se argumentó en el voto particular formulado a la STS de 23 de julio de 2013: “la aplicación de la causa objetiva legalmente procedente -despido objetivo por causas organizativas del artículo 52 c) del ET con derecho a la indemnización pertinente, previos los tramites del artículo 53 ET - deviene una medida alternativa, equivalente y efectiva a la prohibición de convertir los contratos temporales en indefinidos fijos en el sector público”.

Pero cabría preguntarse si verdaderamente éstas son medidas disuasorias que sancionen el uso abusivo de la contratación temporal en el sector público, y

que permitan dar cumplimiento a los objetivos perseguidos por la norma comunitaria.

Para el TJUE, incumbe al órgano jurisdiccional remitente, único competente para pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, apreciar en qué medida las condiciones de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes de ese Derecho interno constituyen una medida adecuada para sancionar el uso abusivo por parte de la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada<sup>19</sup>. Y que, en consecuencia, corresponde al Juzgado remitente apreciar qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador como la demandante en el litigio principal para considerar que esa indemnización constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco.

Para el Tribunal Supremo el contrato indefinido no fijo es precisamente la medida que sanciona el uso abusivo de la contratación temporal en las Administraciones públicas, poniendo fin a la sucesión de contratos temporales mediante la consolidación estable de una situación, que solo terminará con la cobertura o la amortización de la vacante, frente a las que puede reaccionar el trabajador. Según el Alto Tribunal, con esta medida se cumplen los principios de equivalencia y efectividad, pues la medida se aplica en todas “las situaciones similares” y su única particularidad en las Administraciones públicas tiene la justificación objetiva del respeto a las garantías de acceso al empleo público. Es además una medida efectiva en la medida en que cumple, no una sino todas las exigencias del apartado 5.1 del Acuerdo (razón objetiva, duración máxima y exclusión de las renovaciones)<sup>20</sup>.

Para el Juzgado remitente, dado que nada obliga a la administración pública a cubrir la plaza regularmente o a amortizarla, le permite perpetuar en la práctica una situación inicialmente temporal e ilícita, convirtiéndose el indefinido no fijo en el trabajador precario perfecto desde el punto de vista administrativo, ya que no es fijo, su contrato puede durar el tiempo que quiera la Administración, y en caso de extinción no devenga derecho a indemnización alguna. A la vista de ello, el Juzgado llega a la conclusión de que la normativa vigente promueve

<sup>19</sup> Con cita de sus sentencias Marrosu y Sardino, EU:C:2006:517, apartado 56; Vassallo, EU:C:2006:518, apartado 41, y Angelidaki y otros, EU:C:2009:250, apartados 164 y 188, y los autos Vassilakis y otros, EU:C:2008:346, apartado 135; Koukou, EU:C:2009:269, apartados 69, 77 y 90; Lagoudakis y otros, C 162/08 a C 164/08, EU:C:2008:780, apartado 11, y Affatato, C 3/10, EU:C:2010:574, apartado 50

<sup>20</sup> STS de 22 de julio de 2013, (RJ 2013/7657).

situaciones abusivas en lugar de evitarlas. Habría que puntualizar que conforme a la actual doctrina del TS ahora sí devenga indemnización por extinción como si se tratase de una contratación temporal lícita (en el caso de provisión reglamentaria de la plaza) o como una contratación indefinida o temporal lícita (en el caso de amortización de la plaza), con preferencia legal en este caso por la estabilidad del trabajador fijo.

A la vista de la situación, cabe seguir cuestionándose si la figura jurisprudencial de indefinido no fijo cumple realmente una función de sanción a la administración que lleva a cabo contrataciones temporales irregulares -ya sea por fraude o por abuso-. Dicho de otra manera, si la conversión de indefinido no fijo disuade eficazmente a la administración pública de llevar a cabo una actuación irregular o abusiva en la contratación temporal. Entendemos que no, porque las consecuencias para la empleadora infractora son las mismas que si llevara a cabo una contratación temporal lícita, incluso aunque desde la perspectiva del trabajador afectado se haya avanzado en su protección, evitándose así un trato desfavorable y discriminatorio respecto de quienes están contratados de forma lícita.

Además, convendría tener en cuenta que la indemnización prevista por el ordenamiento jurídico-laboral para las extinciones de contratos temporales, sea por cumplimiento de la condición resolutoria, o del término previsto, o por causas económicas técnicas, organizativas o de producción, viene a cumplir una función reparadora que compensa de un daño experimentado por el trabajador consistente en la pérdida del empleo. Es decir, no tiene una función sancionadora para el empleador.

De este modo, la indemnización que recibe el trabajador indefinido no fijo por extinción del contrato de trabajo no supone una penalización o sanción para la administración que contrata ilícitamente (tampoco lo es en caso de contrataciones lícitas), sino una compensación al trabajador por la pérdida de su empleo. A no ser que dicha indemnización pudiera contener, no sólo la cuantía prevista compensadora del daño consistente en la pérdida del empleo, sino adicionalmente un componente preventivo del daño que disuadiera eficazmente a la administración pública de realizar contrataciones temporales fraudulentas o abusivas, para alcanzar la eficacia que requiere la Directiva 1999/70/CE a las medidas para prevenir el abuso en la contratación temporal. Hipótesis que dejamos sólo apuntada por sobrepasar su estudio el objeto de este comentario.