

## Indemnización por cese en el empleo público ante la cobertura de la plaza ocupada

**Lourdes López Cumbre**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria*

*Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

---

*La conversión de una figura creada por la jurisprudencia en una institución legal, tal y como ocurre con el contrato indefinido no fijo en el empleo público, provoca un cambio de criterio aplicativo. Antes, el origen temporal de ese contrato justificaba que se recurriera a la indemnización fijada para los contratos temporales ante la extinción de la relación. Ahora, cuando ese cese se produce, la diferencia legal establecida en el Estatuto Básico del Empleado Público entre contratos fijos, indefinidos y temporales impide hacerlo, a juicio del Tribunal Supremo. La consecuencia inmediata es el incremento de la indemnización en tales supuestos de doce a veinte días de salario por año trabajado.*

1. La Sala de lo Social modifica de nuevo un criterio aplicado con anterioridad, elevando la cuantía indemnizatoria. Lo hace ante la extinción de un contrato indefinido no fijo de plantilla en el sector público como consecuencia de la obtención por una tercera persona de la plaza ocupada por la trabajadora demandante. Y, así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo del 2017 (Ar. 81512) se plantea si la indemnización ha de ser la derivada de la finalización de los contratos temporales (doce días) o si debe aplicarse la del despido con causa (veinte días).

En sentencia de contraste, la empresa demandada resultó condenada al pago de una indemnización de ocho días por año de servicio (el incremento a doce días ha sido progresivo en función de la fecha de contratación) ante idéntica reclamación (trabajadora que, tras ser convocada la plaza que ocupaba, no la obtiene y ésta es adjudicada a un tercero). En ambos casos las trabajadoras adquieren por sentencia la condición de indefinidas no fijas de plantilla por la irregularidad en su contratación temporal. Pero en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de mayo del 2014 (Ar. 230263), utilizada como pronunciamiento de contraste, se admite que, en supuestos como el analizado, lo que se produce es un despido, si bien corresponde la indemnización de ocho días (ahora, doce) por aplicación del artículo 49.1c del Estatuto de los Trabajadores (ET) que regula la extinción de los contratos

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

temporales. En contra de esta tesis, la sentencia recurrida reconoce, para la misma empleadora y en una situación fáctica idéntica, una indemnización de veinte días, prevista en el artículo 53b del citado estatuto para los despidos por causas objetivas.

2. En anteriores pronunciamientos (SSTS de 15 de junio del 2015, Ar. 4287; de 6 de octubre del 2015, Ar. 4782; de 4 de febrero del 2016, Ar. 915, y de 7 de noviembre del 2016, Ar. 5622), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había optado ya por superar antiguos criterios interpretativos (STS de 22 de julio del 2013, Ar. 7657). En este sentido, consideraba que, tras la entrada en vigor de la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores, había que entender que el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debía sujetarse a lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de dicha norma. De este modo, se consideraba que no resultaba ajustado a derecho amortizar simple y automáticamente los puestos de trabajo sin indemnización, sino que se debía acudir a las vías legales establecidas para la extinción de los contratos de trabajo por esta causa.

Mas, como se trata de supuestos que no pueden ser calificados de despido por cuanto constituyen ceses acaecidos como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, procede la aplicación de lo previsto en el artículo 49.1b del Estatuto de los Trabajadores. En virtud de él, el contrato de trabajo se extinguirá por las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que éstas supongan un abuso de derecho manifiesto por parte del empresario. Y, para tales supuestos, se reservan las consecuencias indemnizatorias previstas en el artículo 49.1c del mencionado estatuto, toda vez que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración. Pese a esas irregularidades, no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones relacionadas con los principios de acceso a puestos públicos. Y, comoquiera que el citado artículo 49.1c reconoce una indemnización de doce días de salario por cada año de servicio, procede la aplicación de dicha indemnización con la aplicación temporal de transitoriedad contenida en la disposición transitoria decimotercera del Estatuto de los Trabajadores en función de la fecha de contratación (puesto que, como se indicara, la indemnización ha ido creciendo de ocho a doce días).

Se cumple así el mandato europeo que considera incluidos a estos trabajadores no fijos de plantilla entre los afectados por la Directiva 1999/70, sobre trabajo de duración determinada (Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre del 2014, as. C-86/149, León Medialdea). La aplicación de esta normativa europea obliga a introducir medidas efectivas para sancionar los abusos resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público. Y, puesto que la medida efectiva puede consistir en una indemnización y el ordenamiento jurídico español ya la contiene en el citado artículo 49.1c del Estatuto de los Trabajadores, se impone su aplicación.

3. Pero esta tesis se modifica ahora y el Tribunal Supremo decide replantearse la cuantía indemnizatoria, fijando un nuevo criterio cuantitativo y estableciendo que procede la indemnización de veinte días (despido) y no la de doce días (finalización del contrato temporal). Las razones son de diferente envergadura y, en concreto, destacan las siguientes. En primer lugar, la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya está recogida en el Estatuto Básico del Empleado Público, cuyos artículos 8 y 11.1 muestran que la norma diferencia al personal

laboral en función de la duración de su contrato entre «fijo», «por tiempo indefinido» y «temporal», pues en otro caso no habría empleado el vocable «indefinido» y sólo habría distinguido entre «fijos» y «temporales», lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal.

En segundo término, el origen de la figura del personal indefinido no fijo se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal lo llevan a cabo empresas privadas, el contrato se convierte en fijo (arts. 15.3 y 15.5 ET, respectivamente), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 103 de la Constitución y 9.2, 11.2, 55, 70 y demás concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público, respectivamente), no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica. De ser así, se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público al eludir la aplicación de las normas que velan por la obtención de estos puestos funcionariales y laborales mediante concursos públicos en los que han de respetarse los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Finalmente, la figura jurídica del contrato indefinido no fijo de plantilla es diferente a la del contratado temporal y a la del fijo, lo que plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que ha de corresponder por la rescisión de su contrato como consecuencia de la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora se le ha venido reconociendo con base en el artículo 49.1c del Estatuto de los Trabajadores y con los argumentos antes expuestos. Ahora, y teniendo en cuenta las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica sin más la equiparación del trabajador indefinido no fijo de plantilla al trabajador temporal, tal y como venía sucediendo hasta el momento.

En definitiva y puesto que el Estatuto Básico del Empleado Público se ha limitado a reconocer el contrato indefinido no fijo, pero no ha establecido su régimen jurídico, la Sala debe resolver aspectos esenciales de su regulación, en este caso, la indemnización derivada de la extinción de tal contrato cuando ésta se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. Y, en ese sentido y acudiendo a supuestos comparables, procede atender a la indemnización de veinte días por año de servicio, con el límite de doce mensualidades que establece el artículo 53.1b del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 52c y 52e del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. Con todo, tal y como reconoce el tribunal, «la equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato» (STS de 28 de marzo del 2017, Ar. 81512, FJ 4).

4. Una consecuencia más del difícil engarce de un contrato «indefinido no fijo». Ciertamente, no se trata ya de un contrato temporal —por lo que la aplicación de su indemnización no procede—, pero tampoco constituye una contratación fija en el sector público —por cuanto para acceder a

ella es necesario cumplir los requisitos constitucional y legalmente exigidos—. Si se estuviera ante un contrato fijo, la extinción derivada de causas objetivas (pudiendo asimilar a ellas la cobertura o la amortización de vacante) justificaría la aplicación analógica de la indemnización prevista para los despidos de tal naturaleza. Pero, en el contrato indefinido «no fijo», el contrato se halla condicionado y el trabajador conoce que se extinguirá (por cobertura o por amortización) aunque desconozca cuándo. De ahí que la remisión al artículo 49b del Estatuto de los Trabajadores (extinción por causa válidamente consignada en el contrato) parezca más idónea en estos casos. Cosa distinta es la cuantía indemnizatoria. Y, como ya se advirtiera al comentar la solución aportada por la justicia europea a los contratos de interinidad abusivos (el puesto de trabajo que se ocupa de forma «no fija» hasta que se cubra o hasta que se amortice la plaza no deja de ser una suerte de interinidad), si la causa de extinción está válidamente consignada por las partes, la indemnización también podrá ser fijada con la misma libertad. Obviamente, no podrá ser inferior a la prevista para un contrato temporal ni deberá rebasar lo establecido en los supuestos de despido, pero en esa franja las partes deberán poder establecer —al igual que someten libremente el contrato a condición— el *quantum* indemnizatorio.