

**EL POLÉMICO DERECHO A LA PROMOCIÓN PROFESIONAL DE
LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS.
COMENTARIO A LA SENTENCIA N° 352/2018 DEL TRIBUNAL
SUPREMO, SALA 4ª, DE LO SOCIAL, 2 DE ABRIL DE 2018**

Alejandra Selma Penalva
Profesora Titular. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia

Abstract

Aunque no está recogida en ninguna norma jurídica, nuestra jurisprudencia viene reconociendo la figura del “trabajador indefinido no fijo” al servicio de las Administraciones públicas. A través de ella, se intenta coordinar el derecho del trabajador a su estabilidad laboral con la obligación de las Administraciones públicas de articular toda forma de acceso al empleo público a través de un proceso de selección regido por los principios de publicidad, mérito y capacidad. Pero esta figura sigue planteando diversas dudas interpretativas y numerosos problemas prácticos. En el presente trabajo se expone con detalle el problema de determinar si esta categoría de empleados públicos tiene o no derecho a la promoción profesional.

Although not contained in any law, our jurisprudence recognizes the position of “indefinite non-fixed worker” in public administrations. Through it, we try to coordinate the employee's right to job permanence with the obligation of public authorities to articulate any form of access to public employment through a selection process governed by the principles of openness, merit and ability. But this figure continues to raise numerous doubts and performing various practical problems. This paper describes in detail the problem of determining if this category of public employees has the right to professional promotion or not.

Title: The controversial right to professional promotion of indefinite non-fixed term contract workers.

Palabras clave: trabajador indefinido no fijo, promoción profesional, discriminación, derecho constitucional, igualdad, mérito y capacidad.

Keywords: indefinite non-fixed term contract workers, professional promotion, discrimination, constitutional law, equality, merit and ability.

Sumario

1. Consideraciones iniciales.
2. El origen del conflicto.
3. Fundamentos de derecho.
4. El controvertido contenido del fallo.
5. Opiniones en contrario.
6. Conclusiones

1. Consideraciones iniciales

La denominada relación laboral “indefinida no fija” es una creación jurisprudencial que surgió hace dos décadas, durante la vigencia de la Ley 30/1984 “*de medidas para la reforma de la función pública*”, para dar respuesta a ciertas irregularidades que se solían presentar en la contratación de las Administraciones públicas que, pese a su ilicitud, no podían determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto pugna con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público -tanto funcional, como laboral- en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, exigida tanto en la CE (artículos 14 y 23.2) como en la Ley 30/1984 y posteriormente en la LBEP¹.

Así pues, esta curiosa expresión, conformada por una contundente contradicción *in terminis*, dando lugar a un oxímoron, no es arbitraria, sino que nuestra jurisprudencia intenta representar a través de ella las paradójicas circunstancias que, en ocasiones, dan lugar al reconocimiento de la estabilidad laboral en el seno de una Administración pública, ofreciendo así una solución imperfecta al problema del empleo irregular en las Administraciones públicas². Y es que con ella se está identificando una situación en la que se accede al empleo público, con carácter indefinido, a pesar de no haber superado unas pruebas selectivas basadas en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Al ser los entes públicos, a efectos de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, también “empresarios” (artículo 1.2 ET), las consecuencias contempladas en los artículos 15.3 y 15.5 de la citada norma, se aplicarán a todos los trabajadores afectados por estas situaciones de contratación temporal bien excesiva, bien fraudulenta, sin que a estos efectos la identidad de su empleador o su condición de ente de derecho público influyan en modo alguno sobre esta calificación, dando lugar así a una relativa estabilidad laboral. Y es que el trabajador indefinido no fijo, mantendrá su empleo hasta que se produzca la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba, oportunamente convocada al efecto.

Esto es, un indefinido no fijo es un trabajador del citado ente público, que ha adquirido tal condición como consecuencia de la reclamación judicial efectuada en virtud de la

¹ Al respecto, véase BOLTAINA BOSCH, X., “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: especial referencia al personal laboral”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº. extra 13, 2011, págs. 129-169. También, GOERLICH PESET, J.M., Y VEGA LÓPEZ, J., ¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública?: los “trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla”. <http://www.fsp-ugt.es/docs/AdmPub.pdf>

² CAVAS MARTÍNEZ, F., “El empleo irregular en el sector público”, *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, pág. 13 soporte electrónico (<http://revistas.um.es/analesderecho>).

concatenación de sucesivos contratos temporales durante un plazo superior a veinticuatro meses dentro de un periodo de treinta meses (como permite el artículo 15.5 ET), por prolongación de un contrato para obra y servicio determinado durante más de tres años (15.1.a ET), por apreciación de fraude de ley en la causa temporal que aparentemente inspiraba la celebración del contrato (tal y como contempla para estas situaciones el artículo 15.3 ET), por la prestación laboral de servicios encubierta bajo la forma de un falso trabajo autónomo, declarado como tal por la jurisdicción laboral, o incluso, como la consecuencia legalmente prevista para las situaciones en las que un ente público haya participado en un fenómeno de cesión ilegal de trabajadores, como receptor de mano de obra.

Sin duda, esta figura persigue un interés loable, pues a través de ella, se intenta coordinar el derecho del trabajador a su estabilidad laboral con la obligación de las Administraciones públicas de articular toda forma de acceso al empleo público a través de un proceso de selección regido por los principios de publicidad, mérito y capacidad, pero tal es su complejidad, que sigue planteando diversas dudas interpretativas y numerosos problemas prácticos. Se genera así una relación jurídica, con vocación de permanencia, aunque sujeta a una causa propia y específica de resolución del contrato (de ahí su curiosa denominación de contrato “indefinido no fijo”): la cobertura legal de la plaza por una tercera persona. Así pues, el hecho de que, judicialmente, se reconozca la condición de indefinido no fijo, no supone en modo alguno 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, sino 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.

En los últimos años, han sido nuestros jueces y tribunales los que, de forma reiterada, se han ido pronunciando sobre determinados aspectos controvertidos relacionados con el desarrollo de la relación laboral del trabajador indefinido no fijo, perfilando así un régimen jurídico *ad hoc*. Así, es por vía jurisprudencial por la que se configura como una relación laboral sujeta a término (y no a condición resolutoria como en un principio parecía). Debe advertirse que no se trata ésta de una cuestión meramente teórica, sino que desencadena importantes consecuencias prácticas: en virtud de esta calificación, y siguiendo los razonamientos esgrimidos por el TJUE en el ya archiconocido caso Diego Porras³, se empieza a legitimar la procedencia de indemnización correspondiente a un

³ PRECIADO DOMENECH, C.H., “La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés”, Bomarzo, Albacete, 2016.

despido por causas objetivas en caso de amortización de la plaza e incluso, cuando la extinción de la relación se produce por la válida adjudicación de la citada plaza a un tercero (consecuencia impensable de considerarse que este contrato queda sujeto a una condición resolutoria propia e inherente a su naturaleza jurídica, respecto a las cuales nuestro ordenamiento jurídico no reconoce indemnización de ninguna clase derivada de la finalización del contrato)⁴. Pero no sólo eso. Muy recientemente esta figura plantea también un nuevo problema ¿tienen derecho a la promoción profesional los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de un ente público? Es precisamente esta cuestión, nada pacífica, por cierto, la que se analiza con detenimiento en el presente trabajo.

2. El origen del conflicto

El Sindicato Confederación General del Trabajo y la Sección Sindical en la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Junta de Andalucía, interponen demanda de conflicto colectivo del que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla). Los trabajadores afectados por el citado conflicto son doscientos cincuenta indefinidos no fijos, cuyos centros de trabajo se encuentran ubicados en cada una de las provincias de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Todos ellos están integrados dentro del personal de la Estructura Corporativa de la Agencia de Medio Ambiente y Agua (AMAYA) de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía.

Recurriendo a la vía judicial, se pretendía declarar el derecho de los citados trabajadores a participar en igualdad de condiciones que el personal fijo y fijo discontinuo en los procesos de promoción y reclasificación profesional que la empresa lleve a cabo. En concreto, el escrito promotor del conflicto (inicialmente referido a trabajadores eventuales e indefinidos no fijos, pero que renuncia a sus pretensiones respecto a los trabajadores eventuales durante la tramitación del recurso) invoca a su favor lo dispuesto en el artículo 18 del convenio colectivo aplicable (que no excluye al colectivo de referencia de la promoción profesional), así como los preceptos constitucionales (artículo 35) y legales (artículo 4.2.b ET y 19.1 EBEP) sobre derecho a la promoción profesional, en los que no se diferencia entre trabajadores indefinidos e indefinidos no fijos.

A estos efectos resulta interesante destacar que el artículo 18 del convenio colectivo aplicable al regular la "promoción profesional", contempla que mediante el correspondiente concurso de promoción interna, el personal que ya está en la empresa podrá acceder a un puesto de trabajo estable de superior categoría; y lo hace

⁴ TRILLO PÁRRAGA, F., "El despido del personal laboral al servicio de la Administraciones Pública", *Revista de derecho social*, nº 57, 2012, págs. 165-182.

prescribiendo que *“para la promoción se valorará la acumulación de experiencia, el cumplimiento de objetivos y la formación necesaria; todo ello dentro de un adecuado desempeño”*. Al mismo tiempo especifica que, este procedimiento de selección de personal *“requerirá la existencia de vacantes en la organización y la selección mediante convocatoria interna, en la que exclusivamente podrán participar los que reúnan los requisitos (señalados en el convenio)”*, que son antigüedad, adecuado desempeño y superar un programa formativo.

La sentencia que ahora se comenta resuelve el recurso de casación presentado por la empleadora contra la STSJ Andalucía (Sala de lo Social, Sevilla) de 22 de junio de 2016 (sent. nº. 1776/2016) en la que, ante el conflicto colectivo planteado en los términos citados, reconocía que no resultaba procedente la exclusión de los trabajadores indefinidos no fijos de los procedimientos de selección de personal.

3. Fundamentos de derecho

Entiende el Tribunal Supremo que el recurso de casación adolece de diversos defectos, que llevan a poder examinar sólo una cuestión: la de si el personal afectado por el conflicto (que ha visto reconocida su condición de indefinido no fijo mediante sentencia judicial) está vinculado exclusivamente a una plaza o puesto de trabajo. Tal cuestión se convierte entonces en una pieza fundamental para poder determinar, como consecuencia directa, si tienen derecho a la promoción profesional.

En otras palabras, la vinculación (o no) del trabajador indefinido no fijo a un concreto puesto de trabajo resulta ser la clave de la solución del caso, pues dependiendo de la respuesta que se ofrezca a esta cuestión, también se reconocerá o no también el derecho a participar en los procesos de promoción profesional en las mismas condiciones que los trabajadores indefinidos. Adviértase que al ser la figura del indefinido no fijo de exclusiva creación jurisprudencial (al margen de que, en los últimos tiempos, empiecen a detectarse ciertas referencias normativas en las que tácitamente parezca inferirse una referencia al personal indefinido no fijo de las entidades públicas), ni la normativa estatal ni la convencional van a resolver en la práctica, de modo expreso, aspectos controvertidos de su régimen jurídico. Eso es precisamente lo que ocurría en el caso objeto de debate, pues el convenio colectivo aplicable no incluye, ni permitiendo ni prohibiendo, ninguna referencia al personal indefinido no fijo a la hora de regular el derecho a la promoción profesional en el empleo.

4. El controvertido contenido del fallo

El TS en esta sentencia, y utilizando unos argumentos impecables, da un paso más en el progresivo reconocimiento de derechos a los trabajadores indefinidos no fijos que, en los últimos años, se viene realizando por vía jurisprudencial, reconociendo ahora el derecho a la promoción profesional en igualdad de condiciones que los trabajadores fijos.

Son dos los motivos principales que sustentan en esta ocasión el fallo:

En primer lugar, entiende el alto tribunal que, aunque durante una larga etapa la doctrina vino asimilando el régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos al de las interinidades por vacante, en realidad, a diferencia de lo que ocurre con éstos, cuando se declara como indefinida no fija a una persona no es necesario que ocupe una concreta plaza⁵. Y es que, en muchas ocasiones, el trabajador indefinido no fijo no está cubriendo una particular vacante, pues la naturaleza de su relación se ha generado por la irregularidad de su contratación, sin que exista una vinculación directa y expresa con una plaza pendiente de cobertura. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se declara el carácter laboral de un falso trabajador autónomo, se incorporan a la plantilla de una entidad pública trabajadores que han sido objeto de cesión ilegal o, en definitiva, en cualquier situación en la que un trabajador indefinido no fijo desempeñe unas funciones propias de un puesto de trabajo no contemplado en la RPT de la entidad. De ahí la exigencia de que para su extinción no baste con la convocatoria de una vacante similar, sino que es necesario acreditar la exacta identificación de la plaza ofertada y su concordancia con la ocupada por la persona que presta su actividad como indefinida. Eso sí, como expresamente advierte el tribunal, cosa distinta es que pueda pensarse en algún determinado supuesto en el que la adscripción a una plaza individualizada sea innegable y necesaria, situación que no se plantea en esta ocasión.

En virtud de los argumentos expuestos, y a diferencia de lo que sucede con las interinidades puras (en cuyo caso, la desconexión de la plaza desempeñada generaría su desnaturalización como contrato temporal), el fallo aprecia que, en el ámbito del personal afectado por este conflicto sí puede cambiarse de destino y mantener su naturaleza como indefinido no fijo.

En segundo lugar, recuerda el TS que la Directiva 1999/70, sobre empleos de duración determinada, garantiza la no discriminación entre los trabajadores de duración determinada y los fijos comparables, garantizándoles la igualdad en las “condiciones de trabajo”. En la misma línea, el artículo 15.6 ET equipara los “derechos” de ambos colectivos, salvo en materia de extinción contractual, materia ajena a este conflicto. Por

⁵ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *Aranzadi Social*, vol. 3, nº 12, 2010, p. 33-42.

lo tanto, la no discriminación entre indefinidos no fijos y fijos es el punto de partida para abordar la cuestión de la promoción profesional.

A la vista de lo expuesto, se concluye con facilidad que no resulta compatible con el artículo 14 CE un tratamiento que “*configure a los trabajadores temporales como colectivo en una posición de segundo orden en relación con los trabajadores con contratos de duración indefinida*”, dando lugar a una reprobable diferenciación entre los que tienen un “estatuto de trabajador pleno” en la empresa, y los poseen un “estatuto más limitado o incompleto”.

Atendiendo a la naturaleza jurídica del contrato indefinido no fijo, entiende el tribunal que en realidad nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla. Precisamente por ese motivo se debe afirmar que la transformación por sentencia judicial en trabajador indefinido no fijo, no puede afectar a las garantías que éstos hubieran tenido como trabajadores temporales. Por lo tanto, al igual que hubiera ocurrido con los trabajadores temporales, a ellos también se les debe extender la regla de equiparación de derechos en todo aquello que sea posible con el personal indefinido.

A estos efectos, debe recordarse que el artículo 19 EBEP reconoce el derecho del personal laboral a la promoción profesional (apartado 1), especificando que ello se hará efectivo a través de los procedimientos previstos en el estatuto de los Trabajadores o en los convenios colectivos. Y es eso precisamente lo que, en esta ocasión, piden los trabajadores y niega la recurrente: que se apliquen las previsiones del convenio colectivo. Pues como se ha expuesto anteriormente, en él no se excluye expresamente a quienes poseen la condición de indefinidos no fijos. Debido a ello, el tribunal sentenciador considera razonable realizar una interpretación inclusiva.

En virtud de los argumentos expuestos, el TS en este reciente fallo no ve inconveniente en admitir que el indefinido no fijo pueda participar en este tipo de concursos, conservando dicha condición en el nuevo destino. Eso sí, para no generar nuevas dudas interpretativas el alto tribunal expresamente advierte que, cuando se produzca un fenómeno de promoción profesional, el cambio de destino no puede transformar su naturaleza de trabajador indefinido no fijo, por lo que en modo alguno se podrá sostener una hipotética conversión en fijo de pleno Derecho a través de esta vía.

Pero ¿cómo se articula en la práctica el reconocimiento de un derecho efectivo a la promoción profesional con el mantenimiento del término resolutorio que define e identifica la relación laboral del indefinido no fijo? Consciente de la complejidad que

entraña este aspecto y de las fuertes divergencias de opinión que puede suscitar, la propia sentencia se ocupa de clarificar sus consecuencias. Así, expresamente clarifica que la postura adoptada no impide la aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª ET (a través de la que el legislador realiza una referencia velada a la permanencia en el puesto de trabajo de los trabajadores indefinidos no fijos hasta la cobertura definitiva de la plaza que ocupan), pues dicha consecuencia “*bien puede concordarse con todo lo anterior, simplemente acomodando el puesto de trabajo al desempeñado en el momento en que se produce una convocatoria de plazas*”.

En definitiva, el TS, en virtud de los argumentos expuestos, opta por desestimar el recurso y a la confirmar la sentencia recurrida, consiguiendo así, como expresamente se detalla en su texto, salvaguardar el ejercicio de un auténtico derecho constitucional, como lo es la promoción a través del trabajo (artículo 35.1 CE). Con esta sentencia, el TS expresamente está admitiendo que, el hecho de que un trabajador (en este caso, doscientos cincuenta) pueda quedar privado de su derecho a la promoción profesional, al parecer durante muchos años, como consecuencia de la pasividad del empleador (que ni amortiza ni convoca sus plazas) constituye un resultado contrario al derecho (constitucional y legal) a la promoción profesional.

Se trataría además de una práctica que contravendría la equiparación de derechos a que debe tenderse entre los colectivos de referencia en todo aquello que no sea la específica causa extintiva ya mencionada a la que quedan sujetos los trabajadores indefinidos no fijos. Si tanto el derecho de la UE como el artículo 15 ET exigen una equiparación de condiciones de trabajo entre el personal temporal y el indefinido, con más motivo debe sostenerse que la citada equiparación se ha de producir también entre indefinidos e indefinidos no fijos, precisamente porque esta última categoría conceptual surge para mejorar la posición respecto de los empleados temporales, finalidad que no se alcanzaría de mantener la postura contraria.

5. Opiniones en contrario

Pase a la claridad y razonabilidad de los argumentos utilizados por el TS al dictar este fallo, debe reconocerse que su contenido no deja de ser polémico. Y es que sin duda, respetando también en todo momento los principios legales y constitucionales, hubieran podido esgrimirse sólidos motivos para dictar un fallo de sentido totalmente opuesto. Tanto es así que la citada sentencia cuenta con un interesantísimo voto particular, que suscriben cuatro de los diez magistrados que integran la Sala.

Se aprecia así que, el criterio interpretativo que sustenta esta reciente sentencia no está exento de ventajas ni de inconvenientes. Ventajas en lo que respecta al respeto estricto

del derecho a la promoción profesional que nuestro ordenamiento jurídico, reconoce, en principio, sin reservas, para todos los trabajadores por cuenta ajena, independientemente del carácter privado o público de su empleador o de la naturaleza temporal o permanente de su contrato; e inconvenientes en lo que atañe al hecho notorio de que, con esta particular visión del derecho a la promoción profesional de los trabajadores indefinidos no fijos, los principios constitucionales que han de marcar no sólo el acceso al empleo público, sino también, la promoción profesional en este ámbito (igualdad, capacidad, mérito y publicidad) no se presentan con la fuerza debida. A la espera de que se dicte una segunda sentencia con la que crear jurisprudencia (1.4 CC), sin duda, el debate queda abierto.

En concreto, el voto particular, también haciendo gala de una magnífica argumentación jurídica, trae a colación motivos de mucho peso con los que pretende, no sólo plasmar su disconformidad, sino también, obligar al lector a replantearse la fundamentación del fallo.

Esta opinión contraria comienza recordando que, resulta un hecho innegable que la equiparación de derechos entre trabajadores temporales e indefinidos no es absoluta, sino que existen determinados aspectos del régimen jurídico laboral que resultan incompatibles con la duración temporal del vínculo. Así, pone de manifiesto un dato que pasa desapercibido en la argumentación del fallo, como es el hecho de que, ya el TS en sentencias anteriores, había reconocido que, en ciertos casos, puede estar justificada la exclusión de los contratados temporales de los concursos de traslado, considerando que su contrato de trabajo está necesariamente vinculado a un determinado puesto de trabajo y si se produce la desvinculación, se alteraría la propia naturaleza temporal del mismo. Y a estos efectos no cabe duda de que la referencia a los traslados se equipara también a la promoción interna, pues en uno y otro caso se produce identidad de razón.

Precisamente por este motivo, y con buen criterio, sigue diciendo el voto particular que *“una cosa es que el ordenamiento jurídico garantice un elevado nivel de igualdad en las condiciones laborales de los distintos tipos de trabajadores y otra muy diferente que pueda asimilarse la condición de trabajador fijo de la Administración con la figura del indefinido no fijo, de creación estrictamente jurisprudencial, que no cuenta normativamente ni con una definición legal ni con un régimen jurídico que ha tenido que ir creando esta Sala pero que, en modo alguno puede llegar al punto de asimilar ambas figuras y reconocerles igualdad absoluta de derechos”*.

Se indica a estos efectos que resulta paradójico el hecho que, si en decisión no discutida, la sentencia de instancia entiende, adecuadamente, que en tales concursos de promoción interna no puede participar el personal temporal (de ahí la retirada del personal eventual

de las pretensiones inicialmente esgrimidas), ¿por qué admitir la concurrencia de los presupuestos en el personal indefinido no fijo cuando en realidad, al estar sometido a término, no es ésta más que una modalidad *sui generis* de contrato temporal?

A estos efectos, el voto particular sostiene que, exactamente el mismo razonamiento que se aplica a los trabajadores temporales, resultaría aplicable también al personal indefinido no fijo, puesto que si se admite su participación en un concurso para ocupar vacantes estables mediante el sistema de promoción interna, en realidad, encubierto bajo un aparente ejercicio del derecho a la promoción profesional, se está desnaturalizando la propia figura contractual, de suerte que unos trabajadores con contrato sometido a un término ligado a la amortización o a la cobertura legal de la plaza que ocupan, habrán pasado a ocupar una plaza estable y consolidada mediante un sistema de promoción interna. Se considera entonces que, bajo una pretendida salvaguarda del derecho a la promoción profesional que, en principio, deben tener todos los trabajadores, se estaría dando lugar a un serio atentado contra los principios de igualdad, mérito y capacidad que, en todo momento, han de regir el empleo público.

Así, a diferencia de lo sustentado en el fallo, en el voto particular se observa, muy oportunamente, que en ese caso, no podrá predicarse que sea esta segunda plaza la que quede sujeta a término con el fin de no desnaturalizar la condición de trabajador indefinido no fijo del sujeto que concurre a ella, pues en la práctica, una vez completado el proceso de promoción profesional, tal plaza no volverá a ser objeto de concurso (y por lo tanto, nunca podrá esperarse que se produzca su cobertura definitiva), con lo que se habrá logrado, de hecho, una absoluta equiparación entre trabajadores fijos e indefinidos no fijos a pesar de que estos últimos no hayan superado ningún tipo de pruebas objetivas de ingreso que respeten los preceptos constitucionales.

6. Conclusiones

Como la práctica permite demostrar, son muchos y variados los problemas prácticos que, constantemente, se están planteando en torno a la figura del trabajador indefinido no fijo. Su particular naturaleza jurídica, posiblemente a medio camino entre trabajadores temporales e indefinidos, no siempre encaja con todas y cada una de las instituciones jurídico-laborales.

A pesar de que tradicionalmente se venga admitiendo que, en gran parte de ocasiones, y atendiendo a la concreta causa de temporalidad que da origen al contrato, el trabajador temporal queda vinculado al concreto puesto de trabajo que desempeña, sin poder optar a la promoción profesional (salvo excepciones), no es tan sencillo extender este criterio a los trabajadores indefinidos no fijos, puesto que éstos ya han adquirido estabilidad en

el empleo (como resulta consustancial a la propia naturaleza de la relación jurídica a que se ha dado lugar).

Ahora bien, lo que no se puede negar es que, intentar desvincular el derecho a la promoción profesional de los trabajadores por cuenta ajena, del necesario respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad puede dar lugar a resultados indeseados, dificultando la salvaguarda de la eficiencia del sector público que éstos intentan garantizar. Aunque no se discuta en ningún momento que el trabajador indefinido no fijo trasladado o promocionado sigue siendo indefinido no fijo y no se convierte en un trabajador fijo de pleno Derecho por el mero hecho del cambio de puesto de trabajo, la propia sentencia que ahora se comenta olvida quizá matizar otras cuestiones también importantes y que sí pone de relieve el voto particular.

Pese a que las garantías que restringen el acceso al empleo público quedan configuradas como un derecho fundamental (23 CE), ¿pueden éstas postergarse con el fin de no perjudicar otros derechos también constitucionales, como lo es la promoción profesional (35 CE), pese a no tener el carácter de derechos fundamentales?

La sentencia comentada demuestra sin lugar a dudas que la figura del indefinido no fijo tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia el trabajador fijo, en lo que respecta al reconocimiento de derechos y obligaciones similares. Ahora bien, ¿es ésta siempre la postura más razonable? ¿Llevar a cabo una interpretación *pro operario* posibilita siempre la salvaguarda del interés general? O por el contrario, una lectura demasiado amplia de los derechos propios del trabajador indefinido no fijo, que redunde en garantizar y salvaguardar la estabilidad en el empleo de este colectivo ¿no está perjudicando la eficacia del sector público?

En otras palabras, si el trabajador indefinido no fijo en muchas ocasiones surge a raíz de maquinaciones intencionadas destinadas a facilitar una puerta de acceso al empleo público a familiares, allegados o compañeros de partido, sin necesidad de superar el correspondiente proceso selectivo, reconociéndole además el derecho a la promoción profesional ¿no se consigue, un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, como es consolidar un puesto de trabajo fijo sin haber superado el preceptivo proceso selectivo?

El debate entonces resulta obligado: ¿verdaderamente puede considerarse que la promoción profesional se ajusta a los principios de publicidad, mérito y capacidad sólo por el hecho de haberse convocado el oportuno procedimiento de promoción interna, cuando los que participan son sujetos que accedieron al empleo público sin cumplir este trámite? O por el contrario, una verdadera tutela del cumplimiento de los principios de

publicidad, mérito y capacidad en el empleo público ¿no exigiría restringir el derecho a la promoción profesional a quienes verdaderamente hubiesen accedido al empleo público superado el preceptivo procedimiento selectivo? Optar por otra solución ¿no implica en realidad flexibilizar al máximo esta exigencia, desnaturalizando su esencia?

Al respecto, existe una última cuestión sobre la que en algún momento habrá que reflexionar seriamente: en un momento en el que la figura del trabajador indefinido no fijo ha crecido de forma exponencial, dando lugar a que, en muchos casos, dos tercios de las plantillas de ciertos entes públicos estén ocupadas por personal de este tipo ¿no ha llegado la hora de replantearse el elenco de derechos que se les reconoce? Si, como se ha expuesto, el régimen jurídico de este colectivo es, prácticamente, de íntegra creación jurisprudencial (dado que el legislador únicamente realiza referencias muy indirectas y sesgadas a esta figura), proteger la estabilidad laboral en estos casos ¿es siempre el criterio más prudente? ¿Debe prevalecer la equiparación de derechos entre fijos e indefinidos no fijos sobre la calidad y eficiencia del servicio público? No se puede olvidar destacar que la construcción del indefinido no fijo se ideó en su momento como una solución pretendidamente excepcional ante casos de fraude o abuso que, a diferencia de lo que ocurría en las empresas privadas, se creían que iban a ser esporádicos en el ámbito público, lo que finalmente no ha sido así.

Aunque por el momento sea una opción que no se planteen nuestros jueces y tribunales, quizá, en una época de abusos indudables, la única forma de conseguir redimensionar esta figura sea la de considerar que el empleo público obtenido sin superar el preceptivo concurso de mérito y capacidad que exige la constitución, carece de un presupuesto esencial de validez, lo que determinaría la nulidad del contrato así celebrado.

Y es que si, una vez declarada la nulidad del contrato, el trabajador afectado sólo puede aspirar a la conservación del salario que marca el artículo 9.1 ET, no sólo los cargos políticos de los que depende, durante su mandato, la política de personal de la concreta entidad pública, dejarían de ser cómplices y partícipes de múltiples supuestos de fraude tendentes a facilitar, durante su mandato, la adquisición de estabilidad en el empleo de personas de su elección, sino que tampoco se plantearían los diferentes problemas (como es el derecho al traslado o a la promoción profesional) que se vienen suscitando en los últimos tiempos, muchas veces de difícil respuesta.

Bibliografía

BOLTAINA BOSCH, X., “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: especial referencia al personal laboral”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº. extra 13, 2011, p. 129-169.

CAVAS MARTÍNEZ, F., "El empleo irregular en el sector público", *Anales del Derecho*, nº. 35.2, 2017, p. 13 soporte electrónico (<http://revistas.um.es/analesderecho>).

GOERLICH PESET, J.M., Y VEGA LÓPEZ, J., ¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública?: los “trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla”. <http://www.fsp-ugt.es/docs/AdmPub.pdf>

PRECIADO DOMENECH, C.H., “*La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos de Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*”, Bomarzo, Albacete, 2016.

RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *Aranzadi Social*, vol. 3, nº 12, 2010, p. 33-42.

TRILLO PÁRRAGA, F., "El despido del personal laboral al servicio de la Administraciones Públicas", *Revista de derecho social*, nº 57, 2012, p. 165-182.