

protección, como la libertad sindical, pues si no hubiera reposición, este derecho podría no existir, y estaría condenada a desaparecer.

Así, debe mantenerse la estabilidad laboral absoluta para los trabajadores amparados con el fuero sindical, como para los casos de despidos por discriminación.

8. Conclusiones

Creemos que debe existir estabilidad laboral, pero la relativa, es decir, que el trabajador víctima de un despido injusto o arbitrario, sea resarcido de dicho perjuicio con el pago de una indemnización.

Debería establecerse el seguro por desempleo, financiado por los empleadores.

Las normas internacionales no contemplan la estabilidad laboral absoluta. Señalan claramente que ante un despido injusto el trabajador puede tener en lugar de reposición, el pago de una indemnización.

La reposición debe limitarse, de manera excepcional, solamente a aquellos casos en los que su inexistencia haría perder sentido o contenido a otras instituciones, como los vinculados a la libertad sindical.

No es lógico ni justo que en un contrato (el de trabajo lo es), si una de las partes no desea mantener el vínculo, se la fuerce a ello. Ello es injusto para la parte de la relación contractual que se ve forzado a mantener una relación contractual y un vínculo laboral no deseado.


Es absurdo mantener la estabilidad absoluta, sólo por criterios ideológicos, anacrónicos, y apartados del mundo real. Solo se logra proteger a unos cuantos, sin considerar el enorme impacto negativo que genera en la empleabilidad de miles de trabajadores que se mantienen en relaciones informales. No se pueden mantener instituciones, sólo por ser un "principio", pero sin mayor contenido que su sola formulación.

¿Existe un sustento que no sea su sola formulación para mantener la reposición? Posiblemente, la respuesta sería el derecho al trabajo. Pero sería el derecho al trabajo sólo del trabajador despedido. Y, ¿qué sucede con el derecho al trabajo de todos aquellos que se mantienen en la informalidad, justamente porque existe la reposición?

Las instituciones del derecho deben trascender el ámbito jurídico, y ser considerados dentro de un sistema integral, del que son parte la economía, la filosofía, la sociología, la psicología, etc. Estamos seguros que dentro de este enfoque sistémico, la estabilidad laboral absoluta no tendría cabida.

Comparto lo que señala Alfredo Bullard:

"Entre la fe y la ideología hay solo un paso. Por eso el Derecho entendido en esos términos o es pura fe o pura ideología (o las dos cosas al mismo tiempo). Ese es el gran engaño de Kelsen que nos hizo creer que podía existir una ciencia jurídica marginada e independiente de otras ciencias y ramas del conocimiento".

"No es posible usar conceptos jurídicos para definir de manera útil conceptos jurídicos por que estaremos ocultando el verdadero sentido de las cosas."⁵ 

5 Bullard, Alfredo. Comentario en Facebook del 9 de diciembre de 2014.

Delimitación del Trabajador Indefinido no Fijo de las Administraciones Públicas en España

Juan Gorelli Hernández*

Resumen:

Con este estudio, se analiza la situación jurídica de los trabajadores “indefinidos no fijos” al servicio de las Administraciones Públicas, es decir, aquellos que si bien, inicialmente, tenían un contrato de carácter temporal, éste se ha convertido en indefinido como consecuencia de las irregularidades del mismo. Analizaremos, cómo la jurisprudencia española ha intentado establecer un cierto equilibrio entre los intereses laborales (de estabilidad en el empleo) y los públicos (los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública).

Palabras clave:

Extinción del contrato – Trabajo en Administraciones Públicas – Amortización de puestos de trabajo – Principios de mérito y capacidad – Nulidad de los contrato

Abstract:

With this study the status of “non-fixed indefinite” in the service of the government workers is analyzed. The “no permanent fixed” are those workers who although initially had a temporary contract with an administration, it has become indefinite due to irregularities thereof. Analyze how Spanish jurisprudence has tried to strike a balance between labor interests (of job security) and public (the constitutional principles of equality, merit and ability in access to public service).

Keywords:

Termination of employment – Work in Public Administration – Amortization of jobs – Merit and ability principles – Nullity of contracts

Sumario:

1. Origen y caracterización del trabajador indefinido no fijo – 2. Evolución de la jurisprudencia sobre el concepto de trabajador indefinido no fijo – 3. La extinción del contrato como principal especialidad de la relación de un trabajador indefinido no fijo – 4. Especialidades en caso de despido disciplinario del trabajador indefinido no fijo: la limitación de la readmisión obligatoria

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva. Desarrolló funciones como Profesor Titular de la Universidad de Sevilla entre 1995 y 2010. Profesor contratado por la Universidad de Bari (Italia) en diferentes ocasiones. Conferenciante habitual en España y extranjero. Doctor en Derecho. Arbitro de elecciones sindicales.

1. Origen y caracterización del trabajador indefinido no fijo

A tenor de lo previsto por el art. 8.2 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) dentro de los empleados públicos se incluye al personal laboral, y dicho personal laboral puede ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. Por su parte, el artículo 11.1 EBEP establece, al regular el personal laboral al servicio de las AAPP, que “en función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”. Se establecen así, legalmente, tres categorías diferentes de trabajadores al servicio de las Administraciones, utilizando la duración del contrato como criterio distintivo entre ellos. El problema va a residir en el hecho de que respecto del trabajador “indefinido no fijo”, que aparece como un *tertium genus* entre los fijos y los temporales, no se ha establecido un régimen jurídico propio, por lo que se plantean importantes dudas interpretativas, especialmente en materia extintiva¹. Más aún, no sólo el EBEP no establece un mínimo régimen jurídico respecto del trabajador indefinido no fijo, sino que obvia algo tan relevante como especificar cuándo una relación laboral del personal al servicio de las AAPP es indefinida no fija: no existe una definición de qué es un trabajador indefinido no fijo, figura que, por lo demás, tampoco se regula en la normativa laboral.

En realidad la escasa regulación que podemos encontrarse deduce de la interpretación, *a contrario sensu*, de ciertos preceptos referidos expresamente para el personal fijo, y que, consecuentemente, no se aplican al indefinido no fijo: el art. 61.7 EBEP establece que los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, o concurso de valoración de méritos; o en materia de excedencia voluntaria por reagrupación familiar, que se reserva para el personal fijo a tenor del art. 89.3 EBEP. También en materia de despido disciplinario, el relevante art. 96.2 EBEP especifica que procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido disciplinario. Por su parte, la Disp. Trans. 2ª EBEP al regular la situación del personal fijo que desarrolla funciones propias de funcionario en el momento de entrada en vigor del propio EBEP facilita que pueda participar en los procesos selectivos de promoción interna siempre que cumpla con los requisitos exigidos de manera que se tendrá en cuenta como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las

pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición. En el mismo sentido, es posible rastrear algún precepto ajeno al EBEP, como la Disp. Adic. 20ª ET de la que, como veremos más tarde, se deduce la aplicación del despido colectivo al personal laboral (de todo tipo), teniendo derecho de prioridad de permanencia, los trabajadores fijos, consecuentemente, esta prioridad no se aplica al indefinido no fijo.

La conclusión es evidente: se hace imprescindible una regulación expresa que permita delimitar el concepto de trabajador indefinido no fijo y que establezca cuál es su régimen jurídico, señalando qué caracteriza a este tipo de relación y si existe alguna peculiaridad respecto del régimen jurídico ordinario.

El art. 8.2 EBEP parece señalar que la diferencia entre unos y otros ha de estar en la duración del vínculo contractual. Ciertamente, diferenciar entre fijos y temporales es fácil, pero aparece esta tercera figura que son los indefinidos no fijos, categoría, aparentemente intermedia, lo que dificulta que pueda llegarse a una conclusión totalmente válida. Es, ciertamente, complejo aceptar la existencia de un conjunto de trabajadores que no son ni indefinidos (fijos), ni temporales, más aún, si tenemos en cuenta que su denominación legal es la de trabajadores indefinidos no fijos; es decir, que de entrada son indefinidos, lo que impide que aceptemos la naturaleza temporal (de duración determinada) de estas relaciones. La confusión es todavía mayor si enfrentamos el trabajador indefinido no fijo, con el trabajador fijo: ¿en qué se diferencian? La pregunta es importante, pues al ser “no fijo”, estaríamos ante una situación contraria a la de trabajador fijo.

Se hace necesario aclarar qué es un trabajador indefinido no fijo y para ello entendemos imprescindible acudir al origen de esta figura. La figura del indefinido no fijo que se incorpora al EBEP en sus arts. 8 y 11 no es sino la asunción por la norma legal de una línea jurisprudencial que se ha venido sosteniendo en nuestro país desde final del Siglo pasado, que distinguía, dentro del ámbito del personal laboral al servicio de las AAPP, entre trabajadores fijos de plantilla y trabajadores indefinidos². La distinción se centra en el problema de la conversión o presunción de indefinición de los contratos temporales como consecuencia de las reglas legales que tutelan el principio de estabilidad en el empleo y evitan situaciones de fraude o abuso en la contratación temporal,

1 MONEREO PEREZ, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre administraciones públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, *Revista de Derecho Social* nº 67 (2014), página 21.

2 LOPEZ GOMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas-Thomson, Pamplona 2009, páginas 194 y ss.; BOLTAÑA BOSCH, X., en AA.VV., dirigidos por Salvador del Rey Guanter, *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid 2008, páginas 184 y ss.

de manera que relaciones que inicialmente se conciben como meramente temporales, pasan a tener un carácter indefinido.

En el ámbito de las empresas privadas este planteamiento no genera ninguna duda. Sin embargo, cuando se pretende la aplicación de esta misma lógica a los trabajadores al servicio de AAPP nos encontramos que junto a la necesidad de tutelar a los trabajadores reforzando el principio de estabilidad en el empleo, aparecen otros intereses en juego, los intereses de carácter público, que resultan ser contradictorios con los primeros, pues ha de respetar en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3 de la Constitución española de 1978)³. Ello supone que para la contratación de trabajadores fijos, las AAPP deben, obligatoriamente, utilizar procedimientos de selección en los que lo relevante para poder acceder al puesto de trabajo sea superar pruebas en las que los aspirantes demuestren sus méritos y su capacidad

La confrontación entre intereses laborales e intereses públicos se saldó con una respuesta jurisprudencial que pretendía satisfacer ambos planteamientos, y que dio origen a la figura del trabajador indefinido no fijo. A tenor de esta línea jurisprudencial, la única vía para acceder a un empleo de carácter estable (fijo) dentro de la Administración Pública es mediante la superación de pruebas selectivas que impliquen la satisfacción de los principios constitucionalmente consagrados de mérito y capacidad. Por lo tanto, cuando un trabajador es objeto de un contrato temporal, que por incumplimiento de la regulación laboral debería pasar a tener una relación laboral de carácter estable (en términos laborales, su contrato temporal se convertiría en indefinido, o en términos de personal laboral al servicio de las AAPP, un contrato fijo), pero dado que han de respetarse, necesariamente, los principios de mérito y capacidad, en vez de pasar a tener la consideración de fijo, adquiere la condición de indefinido no fijo. Esta condición supone la permanencia del trabajador en el puesto de trabajo, si bien la jurisprudencia establece que el contrato se extinguirá una vez que el puesto de trabajo sea efectivamente cubierto por personal fijo a través de los procedimientos legales o reglamentarios.

Con ello se facilita una mayor estabilidad en el puesto de trabajo al trabajador que ha sufrido la conducta empresarial, pero no se vulneran los principios de mérito y capacidad, impidiendo que estos trabajadores adquieran la condición de permanencia o estabilidad propia de una relación de carácter fija⁴, quedando su relación vigente tan sólo hasta que el puesto de trabajo que ocupan sea cubierto por los procedimientos legales oportunos de manera definitiva (a través de un procedimiento que salvaguarde los principios, el mérito y capacidad).

La doctrina laboral ha criticado este planteamiento, la cual ha tildado esta construcción jurisprudencial como un verdadero “engendro” jurídico difícilmente asumible⁵. Es cierto que desde la perspectiva laboral, la figura del indefinido no fijo implica, necesariamente, apartarse de la lógica de los preceptos estatutarios que tutelan al trabajador frente a los excesos empresariales en materia de contratación temporal. Pero este planteamiento tampoco supone la satisfacción plena de los intereses defendidos por la Administración Pública, sobre todo desde el punto de vista de implicar el mantenimiento, con importante dosis de estabilidad (si bien no plena como en el caso de los trabajadores fijos), de estas relaciones laborales, de manera que implican una situación de cuasipermanencia de estos trabajadores, lo cual es, especialmente, enervante en aquellos casos en los que lejos de configurarse el origen de la relación como un fraude en que la Administración se aprovecha de la debilidad del trabajador, al contrario nos encontramos con una conducta de verdadera colusión en perjuicio de la propia Administración entre quien representa inadecuadamente los intereses de la Administración y los trabajadores.

Desde mi punto de vista la figura del indefinido no fijo se caracteriza por los siguientes elementos:

- En primer lugar, este tipo de trabajadores es consecuencia de una irregularidad en la contratación de carácter temporal; es decir, inicialmente, contratados a través de una modalidad de carácter temporal, se ha producido un vicio que en el ámbito estrictamente laboral generaría la conversión del contrato en indefinido⁶.

3 MONEREO PEREZ, J.L.: Op. cit., página 21; ROMERO BURILLO, A.M.: “El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla”, *Actualidad Laboral* nº 6 de 2014, página 681.

4 Sobre el origen y las diferentes alternativas que se plantearon en la jurisprudencia sobre esta cuestión, vid. RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., en AA.VV., dirigidos por Alberto Palomar Olmeda y Antonio Vicente Sempere Navarro, *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2008, páginas 104 y ss. También SELMA PENALVA, A.: “El trabajador “indefinido no fijo” en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura”, *Relaciones Laborales* nº 11 de 2014, páginas 77 y 78.

5 Adjetivo que suscribimos, pero que es utilizado por MONEREO PEREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Comares, Granada 2008, página 173.

6 SELMA PENALVA, A.: Op. cit., página 81.

- Sin embargo, estos trabajadores, dada su inicial condición de temporales, no han superado un procedimiento legal de selección (art. 61.7 EBEP), por lo que pese a la irregularidad de su contrato temporal, no pueden adquirir la condición de fijo.
- El hecho de que sean indefinidos, pero no fijos, determina que, si bien tienen una situación de estabilidad en el empleo, su relación laboral se encuentra sometida a una condición resolutoria tácita, de manera que la cobertura del puesto de trabajo que ocupan a través de un procedimiento legal, determina la extinción del contrato de trabajo.

A tenor de estos elementos, podemos decir que dentro de las AAPP, el trabajador indefinido es aquél cuyo contrato, originariamente temporal, se ha convertido en indefinido por el incumplimiento de la Administración contratante de la normativa sobre contratación temporal; si bien ese carácter indefinido de la relación laboral no supone la fijeza en la plantilla con la adscripción definitiva a un puesto de trabajo, sino que podrá ser cesado tras la cobertura reglamentaria de dicho puesto de trabajo⁷; es decir, estaríamos ante una condición resolutoria que determina la extinción del contrato.

Lo que acabamos de señalar parece contradictorio y requiere de aclaración: hay que señalar que el trabajador tiene un contrato de carácter indefinido en el sentido laboral más estricto del término, de manera que su relación se plasma en un contrato laboral ordinario indefinido (le resulta de aplicación el ordenamiento jurídico laboral en sentido amplio, sin que exista una modalidad del indefinido no fijo); pero debido a que no ha superado un proceso de selección, se establecen mecanismos que facilitan la extinción del contrato indefinido, de manera que frente a los trabajadores fijos (que son los indefinidos que han superado un proceso de selección) resulta más fácil su extinción (mientras que el fijo tiene un mayor grado de estabilidad, el indefinido no fijo, pese a su carácter indefinido, no alcanza ese grado de estabilidad).

La diferencia entre un fijo y un indefinido no fijo no reside en la duración del vínculo contractual: en ambos casos estamos ante trabajadores con contrato no sometido a plazo o indefinidos. La diferencia estriba en el grado de estabilidad, pues el fijo cuenta con una posición de mayor estabilidad o estabilidad reforzada (como veremos tienen derecho a la estabilidad real en caso de

despidos disciplinarios improcedentes, o tienen derecho de prioridad de permanencia en caso de despido colectivo ex Disp. Adic. 20ª del Real Decreto Legislativo 1/1995, del Estatuto de los Trabajadores –ET a partir de ahora–); mientras que dicha estabilidad reforzada no alcanza al indefinido no fijo, que, además se ve afectado por una condición resolutoria específica (la cobertura de la plaza). En todo caso, se trata de especialidades que se justifican por el hecho de no haber superado el proceso selectivo legalmente regulado; y están dirigidas a permitir una más fácil extinción de la relación del indefinido no fijo.

Ciertamente, las sutilezas en este punto son muy relevantes, sobre todo por la parquedad de la regulación legal sobre este tema, y por la poca claridad de la jurisprudencia. Un buen ejemplo de esta situación lo vamos a encontrar en la STS de 13 de octubre de 1989⁸, donde se señala a la hora de distinguir entre el carácter fijo y el carácter indefinido que “La calificación de fijeza es una calificación que corresponde a la posición subjetiva del trabajador en la empresa, mientras que la calificación del carácter indefinido de la relación contractual de trabajo está referida objetivamente al vínculo contractual y no a la posición del trabajador.

Es cierto que una y otra calificación coincide en la gran mayoría de los casos. Pero también es evidente que la coincidencia no es total. Sin ir más lejos, durante el período de prueba de un contrato de trabajo por tiempo indefinido la relación contractual tiene sin duda este carácter, pero no parece lógico atribuir al trabajador la condición de trabajador fijo. Y algo semejante aunque no idéntico sucede también en la contratación en las Administraciones Públicas cuando no se han cumplido, y en tanto no se cumplan, los requisitos reglamentarios relativos al acceso de los sujetos afectados; señaladamente, en lo que aquí interesa, la acreditación de méritos preferentes por parte del trabajador contratado (...).”

2. Evolución de la jurisprudencia sobre el concepto de trabajador indefinido no fijo

Se ha producido una importante evolución, pues la cuestión no es pacífica, ni tan siquiera tras la aceptación legal de la denominación (que no tipificación) de indefinido no fijo⁹; la propia jurisprudencia ha sido objeto de correcciones y matizaciones continuas en virtud de que se haya puesto el acento en la defensa de los intereses laborales o administrativos.

7 MARTINEZ MOYA, J. y BUENDÍA JIMENEZ, A.: “Aspectos procesales del despido. Una visión jurisprudencial”, en AA.VV., dirigidos por Antonio Vicente Sempere Navarro, *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2004, página 835.

8 Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina (RUCD a partir de ahora) nº 1383/1998.

9 En este sentido ROMERO BURILLO, A.M.: Op. cit., página 682.

En líneas generales, podemos señalar que en cuanto a la repercusión de los ilícitos cometidos por una Administración en materia de contratación temporal, la jurisprudencia ha ido evolucionando en base a tres grandes planteamientos que se han sucedido. En primer lugar, se estimó por parte del Tribunal Supremo que en base a la especial posición de la Administración, sus incumplimientos o irregularidades en materia de contratación temporal, “no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido”¹⁰.

El carácter estable queda así totalmente reservado a aquellos trabajadores que hayan accedido a través de un procedimiento basado en los principios, de igualdad, mérito y capacidad. Esta doctrina jurisprudencial se matizó posteriormente al afirmarse que si bien la irregularidad en el contrato temporal no debía determinar su transformación en indefinido, sin embargo, dicha irregularidad ponía de manifiesto la existencia de un puesto de trabajo que no había sido cubierto por un procedimiento reglamentario, de manera que el contrato temporal debía orientarse a la finalidad de permitir el desempeño de dicho puesto de trabajo hasta su cobertura definitiva¹¹.

Frente a este planteamiento, reacciona la jurisprudencia, generándose un importante cambio, a tenor del cual pasa a estimarse que las AAPP están totalmente sometidas a la regulación laboral y a sus consecuencias, de manera que las irregularidades en la contratación temporal que hayan podido cometer tales Administraciones genera que los trabajadores inicialmente con contrato temporal que sufre irregularidades, pasen a tener la condición de fijos o indefinidos, aplicándose de esta manera las consecuencias previstas por los arts. 15.2 y 15.3 ET, la presunción de que estamos ante contratos de carácter indefinido¹².

Se produce un nuevo giro jurisprudencial con la STS de STS de 7 de octubre de 1996¹³: “De acuerdo con esta doctrina unificada, los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente (y la misma conclusión debe valer para el despido nulo) se aplican en su integridad a los despidos acordados por las Administraciones públicas, sin que los principios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 103.3 de la Constitución sean obstáculo para la imposición a la Administración empleadora de deberes de indemnización o de readmisión.

Ahora bien, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial unificada, esta conclusión no enerva el deber de las Administraciones públicas de avenimiento a los sistemas o procedimientos de contratación que concreten la puesta en práctica de tales principios constitucionales. De esta segunda premisa general, se desprende una consecuencia para la decisión del caso enjuiciado, que supone una precisión o matización de la doctrina de la Sala en la materia. Tal precisión no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública, y pueda formularse como sigue: la contratación laboral en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”. Todo ello no es sino una consecuencia de la necesidad de equilibrar las necesidades de tutela de los trabajadores con los mandatos constitucionales sobre igualdad en el acceso a la función pública (arts. 14 y 23 de la Constitución) y aplicación de los principios de mérito y capacidad en los procedimientos que permiten dicho acceso (art. 103.3 de la Constitución)¹⁴.

10 STS de 27 de noviembre de 1989.

11 En este sentido las SSTs de 7 de febrero de 1990; 24 de abril de 1990 y 18 de julio de 1990.

12 STS de 18 de marzo de 1991, RCUd nº 1072/90.

13 RCUd nº 3307/1995. En realidad ya se venía fraguando en sentencias anteriores como las SSTs de 24 de enero y 19 de julio de 1994, RCUd nº 2000/1992 y 2417/1993. En el mismo sentido las SSTs de 10 y 30 de diciembre de 1996, RCUd nº 1989/1995 y nº 637/1996; 14 de marzo de 1997, RCUd nº 1003/1997; 24 de abril de 1997, RCUd nº 3581/1996; o 20 de enero de 1998, RCUd nº 317/1997.

14 En este sentido la STS de 20 de enero de 1998, RCUd nº 317/1997: “El ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaleciendo de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo (...). Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan (...) Con ello no se consagra la arbitrariedad, ni se incurre en ningún tratamiento privilegiado a favor de la Administración, pues es la propia ley la que establece esta consideración especial en atención a las razones a que se ha hecho referencia. Así lo apreció también el Tribunal Constitucional en el Auto 858/1988 (...). En similares términos la STS de 21 de enero de 1998, RJ/1998/1138.

En esta evolución también debemos señalar la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que si bien no se refería a nuestro país, si ponía de manifiesto la aplicación al ámbito de las Administraciones Públicas de las medidas anti abuso contempladas en la Directiva 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada, y específicamente en materia de la prevención del abuso de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada: las SSTJCE de 7 de septiembre de 2006, Caso Cristiano Marrosu (C-53/04) y Andrea Vassalli (C-180/04)¹⁵, estimaron que esta regulación resultaba de aplicación a las AAPP, que debía adoptar las medidas pertinentes para evitar el abuso, si bien “esta disposición concede a los Estados miembros la facultad de tener en cuenta las necesidades particulares de los distintos sectores de actividades y/o de las categorías de trabajadores de que se trate, siempre que ello obedezca a motivos objetivos”.

Teniendo en cuenta la aplicabilidad de lo establecido en la Directiva, las especialidades propias de una Administración y que la Directiva no impone la obligación de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. “De ello se deduce que la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público (...) Sin embargo, como resulta del apartado 105 de la sentencia Adeneler y otros, antes citada, para que pueda considerarse conforme con el Acuerdo marco una normativa nacional, como la controvertida en el asunto principal, que sólo en el sector público prohíbe transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada (...) De ello se deduce que, cuando se ha producido un uso abusivo de sucesivos contratos laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto

de sancionar debidamente dicho abuso y borrar las consecuencias de la violación del Derecho comunitario. En efecto, según los propios términos del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben adoptar “todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva” (sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 102)¹⁶.

La respuesta de nuestro ordenamiento ha sido la consagración legal de la figura del trabajador indefinido no fijo. Con ella se pretende satisfacer la necesidad de armonizar la interpretación de las normas laborales y de las normas administrativas en materia de incumplimiento de la regulación sobre contratación temporal¹⁷. Cuestión diferente es que esta regulación no deja satisfecho ni a los que propugnan la tutela de los intereses laborales, ni a los que defienden la necesidad de proteger los intereses públicos.

3. La extinción del contrato como principal especialidad de la relación de un trabajador indefinido no fijo

La extinción de los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos se convierte en un elemento absolutamente esencial a la hora de concretar su régimen jurídico, pues presentan importantes diferencias respecto de los trabajadores fijos de las AAPP. Así, como consecuencia de que acceden a la condición de indefinidos sin superar los procedimientos legales de selección (todo lo contrario)¹⁸, se establece una condición resolutoria impuesta a las partes (al trabajador en realidad), que se esgrimirá por la Administración para extinguir el contrato¹⁹.

La jurisprudencia sobre el indefinido no fijo determina la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la cobertura definitiva del puesto de trabajo que ocupa este trabajador; cobertura que se realiza a través de los medios legales o reglamentarios que deben respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad. En la práctica ello supone el establecimiento, por parte de la resolución judicial, de una condición resolutoria²⁰. Por lo tanto, la cobertura definitiva del puesto de trabajo a través de los procedimientos legales o reglamentarios supone una causa de lícita extinción del contrato de trabajo²¹.

15 TJCE 2006\229 y TJCE 2006\224.

16 STJCE de 7 de septiembre de 2006, Caso Cristiano Marrosu (C-53/04), TJCE 2006\229.

17 En este sentido lo asume la STS de 13 de octubre de 1998, RCUUD nº 1383/1998.

18 SSTS de 20 de enero de 1998, RCUUD nº 317/1997; 27 de marzo de 1998, RCUUD nº 295/1997; y 20 de abril de 1998, RCUUD nº 3992/1997.

19 STS de 20 de enero de 1998, RCUUD nº 317/1997: “En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”.

20 SELMA PENALVA, A.: Op. cit., página 79.

21 STS de 20 de abril de 1998, RCUUD nº 3992/1997.

Esta cuestión fue aclarada por la STS de 27 de mayo de 2002²², que afirmaba cómo la situación de estos “indefinidos es equiparable a la de los interinos y por tanto la extinción de su contrato por causa del nombramiento de un titular de la misma plaza es causa válida de extinción”²³. Se produce así una equiparación entre el indefinido no fijo con el trabajador con contrato temporal de interinidad por vacante, de modo que aquél mantendrá el puesto de trabajo en tanto y en cuanto su puesto de trabajo no sea oportunamente cubierto a través de los procedimientos legalmente establecidos²⁴.

Lógicamente, la cobertura por procedimiento legal de una plaza supone que la misma sea objeto de concurso público, de manera que un tercero que gane la oposición (o en hipótesis, el propio trabajador indefinido no fijo que haya concursado). Así lo ha reiterado la jurisprudencia del TS que estima como una vía natural de extinción del contrato de trabajo la cobertura de la plaza²⁵, incluyendo los sistemas legales no sólo la cobertura de la vacante por el sistema de oposición, sino también por el concurso público de traslado²⁶, o la promoción interna.

El problema reside en cuál es la vía de extinción. Mayoritariamente, la jurisprudencia laboral se ha venido inclinando, especialmente desde comienzos de este Siglo XXI, por entender que la ocupación definitiva mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada por el indefinido no fijo supone una causa de extinción de su contrato, subsumible en el art. 49.1 b) ET, es decir, una causa válidamente consignada en el contrato (una condición resolutoria). En la práctica, la situación el trabajador indefinido no fijo es equiparable, en sus efectos, a la de un contrato de interinidad por vacante, de manera que la incorporación del titular de la plaza supone la extinción del

contrato de trabajo²⁷. Esta jurisprudencia señala que la equiparación con el contrato de interinidad se explica en base a que la justificación de la existencia de una situación y otra, responderían a la misma causa y necesidad; es decir, el hecho de que exista una vacante en la relación de puestos de trabajo, de manera que el trabajador la ocupa tan sólo hasta el momento en que dicha vacante sea cubierta por el procedimiento adecuado.

Lo anterior supone que, si se produce la cobertura de la plaza, la Administración no tiene que acudir al despido objetivo (o en su caso colectivo) y lo que es más importante desde la perspectiva económica: que esta extinción no genera derecho a indemnización²⁸.

Sin embargo, la equiparación al contrato de interinidad por vacante a efectos extintivos es cuanto menos una interpretación arriesgada: de entrada, según esta jurisprudencia, la extinción se articula a través de una causa consignada válidamente en el contrato (art. 49.1 b) ET), es decir, a través de una condición resolutoria estipulada en el contrato de trabajo. Sin embargo, es evidente que nada se ha estipulado en el contrato, ni existe manifestación alguna de las partes en el sentido de establecer dicha condición, al contrario, se trata de una condición tácita. Es evidente que no se trata de una condición pactada por las partes, sino impuesta a las partes como consecuencia de la interpretación jurisprudencial. No es, pues, extraño que STS de 27 de mayo de 2002, justamente la sentencia que originaba esta línea interpretativa, contase con un interesante voto particular. Dicho voto particular estimaba que no era correcto entender que la extinción se producía por una condición resolutoria, sino que era necesario acudir al despido objetivo por causa organizativa²⁹; no obstante, no ha sido esta la línea interpretativa mayoritaria.

22 RUCD nº 2591/2001.

23 En la misma dirección vid. las SSTS de 27 de diciembre de 2006, RUCD nº 447/2005; o la de 14 de febrero de 2007, RUCD nº 2977/2005.

24 Vid. SELMA PENALVA, A.: Op. cit., páginas 86 y 87.

25 Así las SSTS de 22 de febrero de 2007, RUCD nº 3353/2005; o la de 21 de julio de 2008, RUCD nº 2121/2007.

26 STS de 28 de marzo de 2007, RUCD nº 5082/2005; o la STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 2012, Recurso de Suplicación nº 83/2012.

27 En este sentido las SSTS de 27 de mayo de 2002, RUCD nº 2591/2001; 26 de junio de 2003, RUCD nº 4183/2002; o 20 de julio de 2007, RUCD nº 5415/2005.

28 STS de 21 de julio de 2008, RUCD nº 2121/2007; o la STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 2012, Recurso de Suplicación nº 83/2012.

29 Señalaba este voto particular que “Una vez establecidas las premisas anteriores, el siguiente problema jurídico que se plantea, en los casos como el que debemos resolver ahora de cese del trabajador de una Administración Pública por adjudicación a otro trabajador en concurso de méritos de la plaza que ocupaba, es, como bien aprecia la sentencia de la que se discrepa, el de seleccionar dentro de las causas de extinción del contrato de trabajo la que mejor se ajusta a esta particular situación. Pero entendemos que la causa relacionada debe ser la extinción “por causas objetivas legalmente procedentes” [art. 49.1.i) ET] y no la extinción por causas “consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario” [art. 49.1.b) ET] (...) la pérdida del puesto de trabajo por atribución en concurso de méritos de la plaza ocupada a otro trabajador no es una causa consignada en el contrato sino una causa consignada en la Ley. Puesto que la Ley la consigna habrá que hacerla valer, pero sin forzar la vía del art. 49.1.b) ET, prevista para los pactos extintivos (o, con otra denominación, condiciones resolutorias) lícitos o no abusivos incluidos en el contenido del contrato de trabajo por voluntad de las partes. En suma, la calificación de cese por cumplimiento de condición resolutoria del supuesto enjuiciado es, en mi opinión, dogmáticamente inapropiada (...) En cambio, la inclusión del cese del trabajador en la presente controversia dentro del despido procedente por causas objetivas previsto en el art. 49.1.i) del ET, definido en el art. 52.c) de la misma Ley, y regulado en el art. 53 del propio cuerpo legal no plantea inconveniente alguno en este terreno de la dogmática o sistematización de los conceptos jurídicos”.

Desde mi punto de vista, una cosa es que pueda o no compartirse el argumento jurisprudencial de que estemos ante una condición resolutoria incorporada al contrato (lo cual es muy discutible), de manera que la situación del indefinido no fijo sea equivalente a la de un interino por vacante; pero otra cuestión muy diferente es no reconocer la finalidad de dicha construcción, que no es más que una solución de compromiso. Entiendo que crear la figura del indefinido no fijo, para después entender que la extinción del vínculo laboral solo puede realizarse a través de un despido objetivo, no sería más que un artificio que conduce exactamente al mismo punto que haber reconocido desde el principio que el trabajador vinculado a la Administración, cuyo contrato era inicialmente temporal, mutaba su relación a fija (indefinida a secas), tal como se deduce de aplicar las normas laborales en materia de contratación temporal fraudulenta. La existencia del indefinido no fijo sólo se justifica por la necesidad de otorgar a la Administración una respuesta más fácil a la hora de extinguir el contrato de trabajo, si no es así, la figura jurídica no tiene sentido, y lo más lógico hubiera sido no haberla acogido legalmente en el EBEP. En todo caso, también es cierto que probablemente lo más adecuado hubiese sido, dado que la figura se ha incorporado a nuestra regulación, haber procedido a una regulación legal de las especialidades del régimen jurídico de estos trabajadores, especialmente en materia de extinción del contrato de trabajo.

Por lo tanto, el indefinido no fijo es un trabajador cuyo contrato, inicialmente temporal, se convierte en indefinido, si bien pesa sobre el mismo una cierta facilidad extintiva. Parecería que, de esta manera, se logra un cierto equilibrio entre los intereses contrapuestos.

4. Especialidades en caso de despido disciplinario del trabajador indefinido no fijo: la limitación de la readmisión obligatoria

Frente a la regulación laboral ordinaria, que establece un derecho de opción en caso de despido improcedente, el EBEP establece en su art. 96.2 que "procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta grave". Se establece así como efecto del despido disciplinario improcedente la readmisión del trabajador, si bien es un supuesto más restringido de lo que inicialmente parece.

Es indudable que el fundamento de esta regulación que impone la estabilidad real en caso de despidos disciplinarios improcedentes reside en el rechazo a la posible arbitrariedad en la gestión de personal de las AAPP. La arbitrariedad no tiene cabida como criterio de funcionamiento de una Administración (art. 9.3 de la Constitución), ni ésta pueda gozar de las mismas facultades discrecionales que un empresario privado. Ello supondría también una agresión al derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública. No es aceptable que el trabajador de una administración pública, que accede a su empleo tras superar un proceso de selección basado en los principios de mérito y capacidad, pueda perder su puesto de trabajo por capricho de la Administración pública que lo ha contratado³⁰. En definitiva, un despido improcedente con derecho de opción (entre readmitir o extinguir el contrato mediante una indemnización) en manos de la Administración es difícilmente compatible con el principio de legalidad que rige la actuación de las administraciones públicas³¹.

Sin embargo, la extensión material del principio de estabilidad real regulado en el art. 96.2 EBEP afecta exclusivamente al personal fijo dado que el precepto señala exclusivamente a este colectivo, sin mencionar ni al indefinido no fijo ni al temporal. Por otra parte, se limita a los supuestos de despido disciplinario, pues el art. 96.2 EBEP señala que la estabilidad real actúa sólo cuando la extinción es consecuencia de un expediente disciplinario, con lo que se excluye a los despidos objetivos improcedentes, pues estos no se tramitan como consecuencia de un expediente disciplinario por falta muy grave. Para reforzar esta conclusión debe tenerse en cuenta que el art. 96.2 EBEP se encuentra dentro del Título VII dedicado al "Régimen Disciplinario". Ello suponer aplicar el régimen jurídico ordinario del ET al despido disciplinario improcedente de los indefinidos no fijos y de los temporales, así como al despido objetivo improcedente que afecta a cualquier trabajador de una Administración: en estos casos la Administración tiene el derecho de opción entre readmisión o indemnización.

La limitación subjetiva de la estabilidad real deriva de la propia literalidad del art. 96.2 EBEP que debe interpretarse de conformidad a lo dispuesto por el art. 11.1 EBEP, que establece diferentes categorías de trabajadores al servicio de las AAPP, y a tenor del cual, "en función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal". Se diferencia así entre tres categorías diferentes

30 LOPEZ GOMEZ, J.M.: Op. cit., página 345.

31 En este sentido QUESADA LUMBRERAS, J.E., en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Comares, Granada 2008, página 952

de trabajadores y de entre ellas la readmisión obligatoria como efecto del despido disciplinario improcedente sólo afecta a uno de los colectivos, a los trabajadores fijos.

Desde mi punto de vista esta limitación subjetiva obedece al mismo fundamento que genera la figura del indefinido no fijo: el legislador otorga el beneficio de la estabilidad real en el puesto de trabajo sólo a aquellos que hayan accedido al mismo a través de los procedimientos de selección del personal que aplican los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad; de ahí que deje fuera a los trabajadores temporales e indefinidos no fijos, pues estos han accedido sin que les sea aplicado tales procedimientos, o bien a través de procedimientos no tan estrictos de selección³².

Ahora bien, hay que señalar que esta justificación tiene difícil encaje con la necesidad de evitar la discrecionalidad de la Administración cuando, declarado el despido improcedente, tiene la posibilidad de optar entre despedir o readmitir. La conclusión a la que podría llegarse es que la Administración no puede actuar, discrecionalmente, cuando sanciona con un despido a un trabajador estable, pero si puede actuar discrecionalmente cuando despide disciplinariamente a un trabajador que no ha adquirido ese grado de estabilidad, lo cual ha generado importantes críticas entre la doctrina laboral³³.

En todo caso, hemos de señalar que la literalidad del EBEP es, a nuestro juicio, bastante clara, por lo que difícilmente podemos alcanzar una conclusión que no sea la de haberse excluido a los indefinidos no fijos del ámbito de la estabilidad real en caso de despidos disciplinarios improcedentes. En este mismo sentido la jurisprudencia se ha manifestado favorable a una interpretación literal del art. 96.2 EBEP, de modo que lo contenido en el precepto, la readmisión obligatoria en caso de improcedencia, sea de aplicación tan sólo a los trabajadores fijos

cuando son despedidos disciplinariamente, no así cuando se trata otras categorías de trabajadores u otros mecanismos extintivos. Al respecto debemos remitirnos a lo afirmado por la STS de 4 de noviembre de 2010³⁴.

La doctrina menor de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) ha seguido esta misma dirección, estimando, en base a la propia literalidad del art. 96.2 EBEP, que sólo es factible la readmisión obligatoria cuando estamos en el supuesto de hecho descrito por el citado precepto. Dada la distinción legal entre el trabajador fijo y el indefinido no fijo, y entendiendo que son dos situaciones diferenciadas, pues los primeros han accediendo a su puesto de trabajo a través de un procedimiento reglamentario y los segundos no; se estima que los primeros consolidan su fijeza en la plantilla de la Administración, pero no los segundos. Teniendo en cuenta la existencia de diferencias, es posible que el legislador, tal como ha hecho a través del art. 96.2 EBEP, reserve en exclusiva para los trabajadores fijos los efectos de readmisión obligatoria en caso de improcedencia del despido disciplinario³⁵, de otro lado, la literalidad del precepto, que menciona exclusivamente al trabajador fijo, implica, dado su claridad, que no es factible una interpretación flexible o extensiva³⁶. De igual manera, se rechaza la aplicación de la readmisión ante un despido disciplinario improcedente que afecta a un trabajador temporal³⁷.

Hemos de resaltar que esta regulación que limita la estabilidad real tan sólo a los fijos ha planteado dudas de inconstitucionalidad, pues podría afectar al principio de igualdad, al dejar fuera a los indefinidos no fijos y a los trabajadores temporales. En este sentido se planteó por Auto de 16 de marzo de 2011 del TSJ de Castilla y León cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 96.2 EBEP. La cuestión de inconstitucionalidad fue inadmitida por parte del Tribunal Constitucional, concretamente a través del Auto 178/2011, de 11 de diciembre; y en el mismo se ponía de manifiesto

32 Sobre esta cuestión vid. SEMPERE NAVARRO, A.V., en AA.VV., dirigidos por Alberto Palomar Olmeda y Antonio Vicente Sempere Navarro, *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Aranzadi, página 818.

33 VIVERO SERRANO, J.V.: "La readmisión de los empleados públicos objeto de despido ilícito: el juego del derecho constitucional de igualdad del art. 96.2 EBEP y de la autonomía colectiva", *Relaciones Laborales* nº 7-8 de 2013, páginas 16, 23 y ss.

34 RCDU nº 88/2010. El punto de partida de esta sentencia es afirmar que la regulación del EBEP se impone a la regulación del ET en esta materia, tal como se deduce del apartado 4 del art. 93 EBEP. Se afirma por esta sentencia que del citado precepto se deduce "una clara jerarquización entre los dos tipos de normas reguladoras del régimen disciplinario del personal laboral, a saber, la normativa aplicable es la contenida en el EBEP y, únicamente en el supuesto de que no hubiera regulación en dicho Estatuto se aplicaría la legislación laboral". A partir de ahí, dado que la cuestión de la readmisión obligatoria se contiene en el art. 96.2 EBEP, precepto afectado por lo dispuesto en el art. 93.4, por lo que se aplicará con preferencia respecto de las normas del ET. La sentencia comentada señala que para que proceda la aplicación del art. 96.2 EBEP hay que estar a los requisitos que dicha norma establece: en primer lugar, que se trate de personal fijo, en segundo lugar que el despido sea declarado improcedente; por último que se haya acordado el despido como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario.

35 Así, vid. las SSTSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2013, Recurso de Suplicación nº 4229/2013; Galicia de 15 de diciembre de 2011, Recurso de Suplicación nº 4227/2011; también la STSJ de Galicia de 23 de mayo de 2008, Recurso de Suplicación nº 1484/2008.

36 En este sentido las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 8 de mayo de 2009, Recurso de Suplicación nº 181/2009; o de Andalucía de 5 de mayo de 2009, Recurso de Suplicación nº 2878/2008.

37 STSJ de Valencia de 15 de septiembre de 2009, Recurso de Suplicación nº 1931/2009.

expresamente que “está justificada la existencia de un régimen dual en los ceses de los trabajadores laborales públicos.

El acceso a la función pública mediante relación funcional o mediante contratación laboral fija requiere la superación de unos procesos selectivos que acrediten el mérito y la capacidad, lo que les sitúa en una posición distinta de aquellos trabajadores laborales temporales, sin que exista infracción de los arts. 14 y 23.2 CE por la regulación diferente de situaciones distintas, de acuerdo con la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad ante la ley (...) La necesidad de no alterar el régimen constitucional y legal de acceso al empleo público pero, al mismo tiempo, responder a las expectativas de inamovilidad de aquéllos que superan las pruebas de acceso al empleo público, explica la regulación del art. 96.2 LEEP, situado en el título VII, dedicado al régimen disciplinario (...) Esta consecuencia será la readmisión, aunque limitada por el legislador para los supuestos de personal laboral fijo, con el fin de no alterar el régimen constitucional y legal de acceso al empleo público”.

La conclusión es que la readmisión obligatoria está reservada tan sólo para el personal fijo. No obstante lo anterior, cabría la posibilidad de extender la readmisión obligatoria a los indefinidos no fijos e incluso a los contratados temporales, a través de la negociación colectiva. Dado que el convenio colectivo es fuente del derecho en la relación laboral de los trabajadores al servicio de las AAPP, las ampliaciones del ámbito del art. 96.2 EBEP son factibles. De otro lado, cabe también la posibilidad de que el convenio colectivo altere la titularidad del derecho de opción, de manera que sea el trabajador indefinido no fijo quien opte entre la readmisión y la indemnización³⁸. Respecto de

esta posibilidad hemos de tener en cuenta que la alteración de la titularidad del derecho de opción supone una mejora evidente para los trabajadores indefinidos no fijos y temporales, pues el régimen legal establece que el titular del derecho de opción es el empresario.

En cuanto a la ampliación del ámbito subjetivo de la estabilidad real recogida en el art. 96.2 EBEP, habrá que estar a la concreta literalidad del convenio colectivo para determinar si existe o no el derecho a la reintegración del trabajador³⁹. En todo caso, si el convenio colectivo se refiere al derecho a la readmisión de los trabajadores con contrato fijo, es evidente que esta posibilidad no alcanza ni a los temporales ni a los indefinidos no fijos⁴⁰.

Es más frecuente que se haya pactado una alteración de la titularidad del derecho de opción a todas las categorías incluido a los trabajadores fijos: nada habría que objetar si se trata de conceder el derecho de opción a los indefinidos no fijos y a los temporales, pues en ambos casos estamos ante una clara mejora de lo previsto por el art. 56 ET, que es la norma de aplicación a estos colectivos⁴¹. Sí podría plantearse algún problema interpretativa cuando el derecho de opción se refiere a los trabajadores fijos de las AAPP, pues ello podría interpretarse contradictorio con lo dispuesto por el art. 96.2 EBEP, dado que, tal como hemos visto, esta norma sustituye el derecho de opción empresarial por la readmisión obligatoria. Se trata de una cuestión que ha de ser resuelta desde la perspectiva de si el art. 96.2 EBEP es o no una norma de derecho necesario relativo; y en caso de serlo, si una regulación convencional de este tipo supone o no una mejora de lo previsto en dicha norma legal. ❏

38 Sobre la validez de los pactos en negociación colectiva sobre el derecho de opción, vid. lo señalado por la STS de 5 de octubre de 2001, RCUUD nº 3267/2000; que reitera la doctrina de las SSTs de 11 de mayo de 1999, RCUUD nº 2279/1998; 11 de marzo de 1997, RCUUD 3967/1996.

39 STS de 26 de diciembre de 2000, RJ 2001\1877.

40 Tal como señala la STSJ de Andalucía de 15 de febrero de 2011, Recurso de Suplicación nº 2878/2010. En el mismo sentido RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 48.

41 Vid. VIVERO SERRANO, J.B.: Op. cit., página 28.