



ASOCIACION  
DE JUECES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección  
Natalia Velilla Antolín

Coordinación  
Ramón Gimeno Lahoz



# BOLETÍN DIGITAL SOCIAL

NÚMERO 15. MAYO 2017

## **LAS INDEMNIZACIONES POR EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DEL PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO**

STS, Sala Cuarta, de 28-3-17  
Sentencia nº: 257/2017 Roj 1414/2017

CARLOS ESCRIBANO VINDEL  
Magistrado  
Juzgado de lo Social nº 26 Barcelona

## **PRUEBA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DIMENSIÓN DE GÉNERO EN EL RECONOCIMIENTO A LAS VÍCTIMAS DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD**

STSJ Islas Canarias (Las Palmas), de 7-3-17  
Roj 1/2017:

MARÍA JOSÉ CERVILLA GARZÓN  
Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad  
Social. Universidad de Cádiz

**1.- INDEMNIZACIONES POR EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DEL PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO nº 257/2017, de 28 de marzo de 2017**

**CARLOS ESCRIBANO VINDEL**

*Magistrado*

**VOCES: Personal indefinido no fijo. Indemnización por extinción de la relación laboral. Cobertura reglamentaria de la vacante.**

*La Sentencia nº 257/2017, de 28 de marzo de 2017, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina (RCUD) nº 1664/2015 ha resuelto ¿definitivamente? el debate sobre la indemnización correspondiente al personal al servicio de las entidades del Sector Público calificado como indefinido no fijo, por extinción de la relación laboral como consecuencia de la cobertura reglamentaria de la vacante que venía ocupando, fijándola en la equivalente al despido objetivo (20 días de salario por año trabajado), aunque evitando hacer aplicación de la llamada Doctrina De Diego Porras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

**COMENTARIO**

La figura del llamado personal indefinido no fijo del Sector Público es de origen jurisprudencial, para evitar que la aplicación de las consecuencias de la contratación temporal fraudulenta por las entidades del Sector Público (la conversión del contrato en indefinido ex art. 15.3

del Estatuto de los Trabajadores -ET-) pudiera dar lugar al acceso a una plaza en propiedad eludiendo los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, que deben informar todos los procesos selectivos de cobertura de vacantes en la Administración Pública (art. 23.2 y 103.3 de la Constitución -CE-).

El Legislador ha contemplado la figura, en los art. 8.2.c y 11.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015), pero, sorprendentemente, ha prescindido de su regulación.

Este vacío normativo ha propiciado, precisamente, una gran incertidumbre sobre la eventual indemnización que pudiera corresponder al trabajador indefinido no fijo, si es que le corresponde alguna, en caso de extinción regular de su contrato de trabajo.

Extinción regular que puede producirse, principalmente, bien por la amortización del puesto de trabajo, bien por cobertura regular de la vacante.

Estudiaremos a continuación, brevemente, ambos supuestos.

#### 1.- Extinción por amortización del puesto de trabajo

Ciertamente como consecuencia de la crisis económica, pues antes era un supuesto excepcional, las entidades del Sector Público se han visto obligadas a reducir sus costes, también los de personal, reduciendo el volumen de sus plantillas.

En estas circunstancias, no es de extrañar que las primeras plazas que se han considerado amortizables son las ocupadas por personal indefinido no fijo, en ocasiones ni siquiera recogidas en las relaciones de puestos de trabajo, o incorporadas a las mismas con ocasión de

pronunciamientos judiciales que, considerando fraudulenta la contratación formalmente temporal, han reconocido el carácter indefinido no fijo del trabajador.

En un primer momento se consideró que en tales casos el trabajador no tenía derecho a indemnización alguna, con el argumento de que su contrato de trabajo estaba desde el principio sujeto a una condición resolutoria, la cobertura reglamentaria de la plaza, debiendo tenerse por extinguida la relación laboral cuando, por amortizarse la plaza, desaparecía la vacante, no pudiendo cumplirse ya la condición (art. 1117 del Código Civil -CC-); sin necesidad, en consecuencia, de seguir el procedimiento de los despidos objetivos o colectivos. En este sentido se pronunció la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS) de fecha 22 de julio de 2013, dictada resolviendo el recurso de casación para unificación de doctrina (RCUD) nº 1380/2012.

Tal consecuencia resultaba contraria a la Directiva 1999/70/CE del consejo de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada; apuntando el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de fecha 11 de diciembre de 2014, dictado en el asunto C-86/14, que debía adoptarse alguna medida efectiva para sancionar los abusos cometidos por la correspondiente entidad del Sector Público en relación a la contratación temporal, correspondiendo al Juez nacional decidir la indemnización adecuada (la de extinción de los contratos temporales distintos a los de interinidad, o la del despido objetivo).

Poco antes la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya había rectificado en parte su postura corrigiendo las gravosas consecuencias para los trabajadores indefinidos no fijos, y en la STS de 11 de febrero de 2014, RCUD nº 1278/2013, aun manteniendo que no era preciso seguir los cauces del despido objetivo o colectivo, reconoció al trabajador la indemnización propia de la extinción de los contratos temporales (12 días

de salario por año trabajado), incluso aunque no hubiera sido solicitada, ni con carácter subsidiario.

Finalmente, la STS de 24 de junio de 2014, RCUd n° 217/2013, rectificó la anterior doctrina, apuntando que las entidades del Sector Público también debían seguir el trámite de los despidos objetivos o colectivos, como se deducía de la disposición adicional 20ª del ET (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995), introducida por el Real Decreto Ley 3/2012 (actualmente disposición adicional 16ª del nuevo texto refundido del ET, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015). Argumentaba, además, modificando su postura anterior, que el contrato no estaba sometido a una condición, sino a un término o plazo resolutorio, incierto en el cuándo, pero no en el qué (la cobertura reglamentaria de la plaza), por lo que su extinción por un motivo diverso (amortización del puesto de trabajo) debía ser indemnizada. Esta doctrina ha sido con posterioridad consolidada por las STS de 13 de mayo de 2015, RCUd n° 1200/2014; STS de 27 de octubre de 2015, RCUd n° 2574/2014; y STS de 27 de octubre de 2015, RCUd n° 2244/2014.

## 2.- Extinción por cobertura reglamentaria de la vacante ocupada por el trabajador indefinido no fijo

Es ésta la causa “natural” de extinción de la relación laboral del trabajador indefinido no fijo. Hasta el punto de que tradicionalmente se ha equiparado al personal indefinido no fijo con el interino por vacante.

Y también en relación a esta causa de extinción puede apreciarse una paralela evolución jurisprudencial tendente a reconocer cada vez una mayor indemnización al trabajador.

Así, en un primer momento se consideró que el trabajador, al igual que los interinos por vacante, no tenía derecho a indemnización alguna al extinguirse su relación laboral por cobertura reglamentaria de la plaza.

Se argumentaba que el cese por cobertura reglamentaria de la vacante que ocupaba el trabajador indefinido no fijo, mediante un sistema que respetase los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, no era despido, sino cese por causa legalmente prevista.

Sin embargo, recientemente la STS de 6 de octubre de 2015, RCU n° 2592/2014, asumió que al menos debía reconocerse la indemnización propia de la extinción de los contratos temporales (12 días de salario por año trabajado). Consideraba que así se cumplía la necesidad de sancionar la utilización abusiva de contratos temporales fraudulentos, cumpliendo con los pronunciamientos del Auto del TJUE de fecha 11 de febrero de 2014, antes mencionado.

Y, como colofón final, de momento, la sentencia que ha motivado este comentario, STS n° 257/2017, de 28 de marzo de 2017, RCU n° 1664/2015, ha elevado la indemnización, hasta el equivalente a la propia del despido objetivo (20 días de salario por año trabajado), en base a los siguientes argumentos:

Primero: el EBEP ya recoge la figura del indefinido no fijo, de creación jurisprudencial, diferenciándolo del personal fijo y también del temporal, por lo que no sería equiparable a este último.

Segundo: el origen de la figura del personal indefinido no fijo se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal, que debería comportar la consideración de la relación laboral como indefinida, no siendo posible únicamente por cuanto se desconocerían los principios constitucionales igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Tercero: siendo, la del indefinido no fijo, una figura jurídica diferente del contratado temporal y también del fijo, se plantea el

problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, siendo insuficiente la prevista para la extinción de los contratos temporales hasta ahora reconocida, pues, *“dadas 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 a temporal”*.

Cuarto: la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales obliga a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, considera comparable la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, prevista para los despidos objetivos y colectivos, no porque la situación sea encaje exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual del despido objetivo, 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”*.

No obstante, lo que sorprende es que ni siquiera se hiciera mención a la conocida doctrina De Diego Porras, derivada de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, que consideró que la exclusión de indemnización por cese en los contratos de interinidad se oponía a la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el contrato de duración determinada que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE, más arriba mencionada. Y ello a pesar de que respecto al personal indefinido no fijo, por la propia naturaleza pública de las entidades empleadoras no cabría duda sobre la eficacia directa de la directiva, que sería vertical y no

horizontal, como en el caso de las empresas privadas, que es uno de los principales escollos apuntados por la Doctrina para la asunción generalizada de los postulados del TJUE.

El Tribunal Supremo ni la asume ni la rechaza, cuando la misma podría ser perfectamente aplicable, pues, como ya se ha indicado, el personal indefinido no fijo ha sido tradicionalmente equiparado al interino por vacante.

Se ha llegado al mismo destino por distinta ruta, quizás eludiendo de propósito el debate sobre las consecuencias de la llamada doctrina De Diego Porras, a la espera, incluso, de que la misma pueda ser matizada por el propio TJUE.

Por último, destacar que, vista la evolución jurisprudencial expuesta, en la actualidad al cese del trabajador indefinido no fijo le corresponde la misma indemnización, la propia del despido objetivo, tanto cuando trae causa de la amortización de la plaza, como cuando deriva de su cobertura reglamentaria.



## 2.- PRUEBA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DIMENSIÓN DE GÉNERO EN EL RECONOCIMIENTO A LAS VÍCTIMAS DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

**MARÍA JOSÉ CERVILLA GARZÓN**

*Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Cádiz*

STSJ Las Palmas de Gran Canaria, de 7 de marzo de 2017

[ROJ: STSJ ICAN 1/2017](#)

**VOCES: Violencia de género. Pensión de viudedad. Víctimas. Perspectiva de género. Prueba**

*La sentencia comentada resuelve el Recurso de Suplicación interpuesto frente a la sentencia del Juzgado de Lo Social nº6 de Las Palmas de Gran Canaria, autos nº 0000155/2015-00, en reclamación del derecho a percibir pensión de viudedad que había sido denegada a la recurrente. El Tribunal le reconoce el derecho a la pensión, aun siendo divorciada y sin derecho a pensión compensatoria, al considerarla víctima de violencia de género. Y ello en atención, por una parte, a la imprescindible integración de la dimensión de género en las resoluciones de los Tribunales y, por otra, a entender acreditada la violencia ejercida a pesar de no existir condenas penales del agresor ni declaración de los hijos en el juicio. En este sentido, sigue el mismo criterio establecido por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de enero de 2016, en cuanto a la necesidad de que se admita la prueba de la violencia de género de forma muy amplia y flexible.*

## COMENTARIO

La recurrente contrajo matrimonio con el sujeto causante de la pensión de viudedad el 18 de julio de 1981, se acordó la separación judicial de los cónyuges por sentencia de 29 de junio de 1995 y el divorcio por sentencia de 1 de septiembre de 1999, sin que en ninguna de ellas se le reconociera derecho a la pensión compensatoria prevista en el art. 97 CC. Para el reconocimiento de su posible derecho al percibo de la pensión de viudedad, hay que tener en cuenta que, si bien es posible que los denominados “cónyuges históricos” puedan ser beneficiarios de la pensión “ex” art. 220 LGSS, ello se condiciona a que no hayan contraído nuevas nupcias o constituido pareja de hecho y a que el superviviente sea acreedor de pensión compensatoria, extinguida por el fallecimiento del causante. Como excepción, el propio precepto establece que pueden ser beneficiarias de pensión de viudedad las mujeres que, no siendo acreedoras de esta pensión, puedan acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación o el divorcio, por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

En el supuesto enjuiciado, se aportan como indicios probatorios de la existencia de violencia de género, por una parte, un certificado de la jefa del negociado del Servicio de Atención e información de la Mujer del Instituto Canario de la Mujer, en el cual se indica que había sido asistida en el mismo en diversas ocasiones, antes de la separación, por la violencia sufrida junto a sus hijas, siendo el agresor el cónyuge. Por otra parte, la existencia de un total de 7 denuncias presentadas en la Comisaría por acciones tales como amenazas e insultos, presentadas en fecha posterior a la sentencia de separación y que no finalizaron con condena penal, en ningún caso. La denegación inicial de la pensión, por parte del INSS, se fundamenta en que las sentencias de separación y divorcio no hacen referencia a la existencia de violencia como causas de

los mismos, y que incluso se admite el régimen de visitas del padre, así como en el hecho de que la única denuncia planteada ante el juzgado fuese absolutoria y en el falta de credibilidad del certificado presentado por parte del Instituto Canario de la Mujer. El Juzgado de Lo Social nº6 denegó el derecho a la pensión en base a tres motivos, sólo uno de ellos coincidente: por la inexistencia de condena judicial, por la falta de ratificación en el acto del juicio del certificado del Instituto Canario de la Mujer por parte del responsable que lo suscribe y por el hecho de que las hijas no acudiesen al juicio como testigos presenciales de los actos de violencia.

La sentencia comentada tiene, a nuestro juicio, dos aspectos que resultan de gran interés jurídico al resolver favorablemente el derecho de la recurrente al percibo de la pensión de viudedad. Por una parte, resulta muy novedosa su explícita alusión a la que considera imprescindible integración de la dimensión de género, en los supuestos en los cuales la viudedad se vincula a situaciones de violencia de género. Por otra parte, en la flexible interpretación que realiza sobre los medios de prueba que, en estos supuestos, van a ser admisibles para acreditar la violencia de género, con expreso seguimiento de la línea interpretativa anteriormente reflejada en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2016 (rec. 3106/2014).

En primer lugar, debemos comentar lo inusual que resulta la argumentación jurídica de las resoluciones judiciales, en base a la integración de la dimensión de género, como literalmente se hace en esta sentencia. Así, el Tribunal argumenta que a ello obligan diversas normas estatales (como el art. 14 Constitución Española y el art. 4 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre), tratados internacionales (como el que considera uno de los más operativos en la conquista de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, cual es la “Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres”) y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En base a ello, afirma el Tribunal que la interpretación social del Derecho

con perspectiva de género exige la contextualización y la actuación conforme al principio pro persona, que se configura en este ámbito como un criterio hermenéutico que obliga a los órganos judiciales a interpretaciones jurídicas garantes de la mayor protección de las víctimas.

En segundo lugar, y en aplicación de este criterio, el Tribunal, al abordar la idoneidad de las pruebas aportadas para acreditar la existencia de violencia de género, se acoge al criterio de interpretación flexible de las mismas que el Tribunal Supremo estableció en su sentencia de 20 de enero de 2016, y en la cual se admite como prueba la denominada “por asociación”. Ello consiste en admitir como indicio válido la existencia de sentencias condenatorias por faltas relacionadas con la violencia cuando la víctima no es la solicitante de la pensión sino su hijo, habiéndose incluso producido con posterioridad a la sentencia de separación de sus padres. Dicha flexibilidad se traduce, en primer lugar, en la admisión como medio de prueba de la existencia de indicios de violencia del Certificado del Instituto Canario de la Mujer, puesto que entiende no es necesario condicionarlo a su ratificación judicial. En segundo lugar, en el hecho de considerar indicio válido la existencia de denuncias que no llevan aparejadas condenas penales, pues entiende que debe hacerse un análisis no mecánico sino contextual (criterio también presente en resoluciones anteriores, por ejemplo STSJ Andalucía, de 26 de febrero de 2015). Hay que destacar que se admite como indicio aun cuando son posteriores a la separación, por lo que la referencia del art. 220 LGSS a que exista “en el momento” de la separación se está obviando, realizándose una loable interpretación conjunta de todas las circunstancias que han formado parte, tanto de la vida conyugal como de los procesos de crisis matrimonial. En tercer lugar, en la falta de valor jurídico que otorga a la inasistencia de las hijas como testigos en el acto del juicio, teniendo en cuenta el impacto que la situación de violencia haya podido generar en su propia fortaleza psicológica.