

## CESE DE FUNCIONARIO INTERINO Y DE PERSONAL ESTATUTARIO EVENTUAL, READMISIÓN Y CONVERSIÓN A INDEFINIDOS NO FIJOS

Comentario a las Sentencias del TSJ del País Vasco de 12 de diciembre 2016, recs. núms. [625/2013](#) y [735/2013](#)

**Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz**

*Profesor Agregado y TU Acreditado.  
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)*

Las SSTSJ del País Vasco de 12 de diciembre 2016 (recs. núms. [625/2013](#) y [735/2013](#)) dan respuesta a los dos casos que motivaron las cuestiones prejudiciales que han sido resueltas por la [STJUE de 14 de septiembre 2016 \(C-184/15 y C-197/15\) asuntos acumulados, «Martínez Andrés» y «Castrejana López»](#) (en adelante, casos Martínez/Castrejana). En esencia, en sendas sentencias, el TSJ dictamina que, tras sucesivos nombramientos, el cese de un funcionario interino y de una trabajadora estatutaria eventual debe quedar sin efecto, debiéndose proceder a su (controvertida) readmisión y, a continuación, a su calificación como personal indefinido no fijo.

### 1. MARCO LEGAL

La cláusula quinta de 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 el trabajo de duración determinada, prevé la necesidad de adoptar medidas destinadas a prevenir abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Y, en virtud del artículo 2, párrafo primero, de dicha directiva, los Estados deben poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma, debiendo adoptar todas las disposiciones necesarias para garantizar en todo momento los resultados fijados por ella.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que la definición de trabajador con contrato de duración determinada (cláusula tercera del [Acuerdo marco](#)) «engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno» ([STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, asunto Pérez López](#), apdo. 24).

A nivel interno, ni la [Ley 7/1985, de 2 de abril](#), Reguladora de las Bases del Régimen Local ni la [Ley 55/2003, de 16 de diciembre](#), del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud prevén una regulación similar a la contenida en los apartados 3 y 5 del [artículo 15 del ET](#) y la [disposición adicional decimoquinta](#) del mismo cuerpo legal, dirigidas a prevenir el abuso en las relaciones temporales.

Finalmente, dada la solución que alcanzan las sentencias que son objeto de comentario, también debe hacerse una breve referencia al «régimen jurídico» (de creación jurisprudencial) de los trabajadores indefinidos no fijos. Como se sabe, su origen se encuentra en las irregularidades cometidas por las Administraciones públicas en la contratación temporal y en la consiguiente discusión de su posible calificación o no como trabajadores «fijos». Así, tras una primera fase caracterizada por un cierto vaivén doctrinal, finalmente el TS (Sentencias de 7 de octubre de 1996, rec. núm. 3307/1995; 20 y 21 de enero de 1998, recs. núms. [317/1997](#) y [315/1997](#); y [27 de mayo de 2002, rec. núm. 2591/2001](#)), en aras de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública, dictamina que el carácter indefinido «no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla». De modo que, en la medida que el organismo público empleador tiene la obligación de llevar a cabo la cobertura reglamentaria de esa plaza vacante, este tipo de relación queda sometida a una condición y puede extinguirse (sin derecho a indemnización) si se produce la provisión en la forma legalmente procedente de la referida plaza, o bien, si se produce una amortización de la misma. De hecho, en la medida que esta doctrina también se ha aplicado a los interinos por vacante (entre otras, SSTS de [27 de mayo de 2002, rec. núm. 2591/2001](#); y 13 de mayo de 2013, rec. núm. 1666/2012), los indefinidos no fijos podrían calificarse como «interinos de hecho» (en este sentido, STS de 7 de febrero de 1990, núm. 152; y FJ 4.º del voto particular a la [STS de 20 de enero de 1998, rec. núm. 317/1997](#)).

La «referencia» a este fenómeno en la disposición adicional decimoquinta *ex* [Ley 43/2006](#) (posteriormente modificada por la [Ley 35/2010](#)) y la mención explícita a los trabajadores «indefinidos» en el EBEP (arts. 8.2 y 11.1) no alterará este «régimen», permaneciendo constante hasta el cambio de doctrina de la [STS de 24 de junio de 2014 \(rec. núm. 217/2013\)](#)—referida a la extinción de interinos por vacante—, confirmada de forma específica para la extinción de trabajadores indefinidos no fijos—entendiendo que, apdo. tercero de la disp. adic. vigésima del ET *ex* [Ley 3/2012](#), ha actuado como mero «detonante»— en la [STS de 8 de julio de 2014 \(rec. núm. 2693/2013\)](#).

Desde entonces, el TS, en las extinciones posteriores a la reforma de 2012, y *sub iudice* con posterioridad a junio de 2014, ya no ha permitido el recurso a la «amortización simple» (sin indemnización), exigiendo el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c) del ET<sup>1</sup>. Lo

<sup>1</sup> Para las extinciones anteriores a la reforma de 2012 y *sub iudice* con posterioridad existe cierta discrepancia interpretativa. No aplicando la doctrina de junio de 2014 (entre otras): [STS de 30 de marzo de 2015 \(rec. núm. 2276/2014\)](#). Aplicándola (entre otras): SSTS de 8 de julio de 2016 (rec. núm. 1325/2014), pronunciamiento que (sin argumentarlo) afirma que esta discrepancia ha sido superada; y de [20 de diciembre de 2016 \(rec. núm. 103/2015\)](#).

que, dado que en estos casos se ha producido una extinción contractual (la amortización simple), ha significado la calificación de su improcedencia (o nulidad –si teniendo en cuenta la ratio efectivos/afectados hubiera debido seguirse el procedimiento del despido colectivo–). No obstante, debe precisarse que la cobertura reglamentaria de la plaza ha seguido operando como una causa extintiva válida. Y, en este sentido, debe tenerse en cuenta que, con posterioridad a la doctrina «De Diego Porras», la [STS de 7 de noviembre de 2016 \(rec. núm. 755/2015\)](#) en este caso (afectando a un indefinido no fijo) ha reconocido la indemnización prevista en el [artículo 49.1 c\) del ET](#) (y de acuerdo con la [doctrina TJUE «Ay. Huétor Vega»](#)) porque quien interpone el recurso es la empleadora (la Administración)<sup>2</sup>.

## 2. EL CASO

Las sentencias del TSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del País Vasco se refieren, por un lado ([rec. núm. 625/2013](#)), al cese (1 de octubre de 2012) de una auxiliar administrativa (señora Martínez Andrés) del Servicio Vasco de Salud, personal estatutario eventual, cuyo nombramiento fue objeto de trece prórrogas (sin incluir una motivación específica, salvo una genérica mención a «necesidades de servicio»). Desestimado el recurso contencioso por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Bilbao (Sentencia de 30 de julio de 2013), interpone recurso de apelación alegando una infracción del artículo 9.3 del Estatuto Marco. En síntesis, entiende que los tres supuestos que recoge dicha disposición no pueden fundirse en una única categoría global para motivar la existencia de un nombramiento de duración determinada. Y, por otro lado ([rec. núm. 735/2013](#)), al cese (10 de diciembre de 2012) de un arquitecto (señor Castrejana López) del Ayuntamiento de Vitoria tras haber permanecido vinculado desde diciembre de 1993 (primero con dos sucesivos contratos de duración determinada y, a partir de 1998, como funcionario interino). Terminación que se justifica porque el programa había sido ejecutado en su totalidad y porque el contexto de crisis imponía la reducción de gastos de las audiencias provinciales. Desestimado el recurso contencioso por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Vitoria-Gasteiz (sent. núm. 23 de septiembre de 2013), interpone recurso de apelación, alegando, en particular, que la sentencia recurrida no se había pronunciado sobre la naturaleza laboral o administrativa de su relación de servicio con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Situaciones que motivan sendos autos de planteamiento de cuestión prejudicial (ambos de 9 de marzo de 2015).

## 3. DOCTRINA DE LAS SENTENCIAS

La doctrina de ambas sentencias (particularmente escueta) es idéntica y se articula a partir de tres factores:

<sup>2</sup> Las SSTSJ de Asturias de [8 de noviembre de 2016 \(rec. núm. 2142/2016\)](#) y de Galicia de [26 de octubre de 2016 \(rec. núm. 2059/2016\)](#), por su parte, han concedido de oficio los 20 días (quien interpone el recurso es el trabajador).

- Primero: a partir de lo expuesto en los autos de planteamiento de la cuestión prejudicial, entiende que la sucesión de nombramientos en sendos casos es «abusiva, contraria a derecho».
- Segundo: la doctrina del TJUE en los [casos Martínez/Castrejana](#). En este sentido, el TJUE sostiene (de forma sintetizada) que (apdo. 53) en relación con el personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de derecho administrativo, su asimilación a los trabajadores indefinidos no fijos «podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada». Lo que, posteriormente, le lleva a concluir que se opone al [Acuerdo Marco](#) que «en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de derecho administrativo». En virtud de la misma, las sentencias objeto de comentario afirman que debe aplicarse al caso «la misma jurisprudencia consolidada en el Orden Jurisdiccional Social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por lo tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza».
- Tercero: desestima la reclamación de daños y perjuicios (como reclamaban los recurrentes), porque, a pesar de que el TJUE en los [casos Martínez/Castrejana](#), en relación con el principio de efectividad del [Acuerdo Marco](#), ha establecido que este es «el proceso adecuado para su reclamación», debería haberse concretado en la demanda «tales daños y perjuicios para así poder ser objeto de plena contradicción por la demandada». En este sentido, dada su relevancia, es importante recordar que el TJUE literalmente ha dictaminado que (apdo. 63) «se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada». En otro plano, repárese que, a la luz de este fragmento, parece que cobra fuerza que deban reconocerse de oficio las indemnizaciones derivadas del [caso De Diego Porras](#) que graviten en la órbita de la cláusula cuarta del [Acuerdo Marco](#).

#### 4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LAS SENTENCIAS: UNA DOCTRINA NO PACÍFICA

La trascendencia práctica de esta doctrina es notable porque presenta disparidad de criterio con otros pronunciamientos del orden contencioso-administrativo dictados con posterioridad a septiembre de 2016, y del social (que, precisamente, toma como modelo):

- En la jurisdicción contencioso-administrativa, discrepa con la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de octubre de 2016 (rec. núm. 82/2016). Este pronunciamiento debe resolver la petición de un ATS del hospital Gregorio Marañón (cuyo nombramiento como estatutario eventual ha experimentado sucesivas prórrogas desde septiembre de 2006 a marzo 2013) dirigida a que su relación extinguida sea calificada como interina (con cargo a vacante hasta que fuera ocupada por personal fijo). Tras referirse a la doctrina comunitaria de septiembre de 2016 como «recomendaciones orientativas ofrecidas por el Tribunal de la Unión Europea», el TSJ deniega la petición del auto del TS porque «el apelante no solicita que se acuda al mecanismo de control previsto en el artículo 9 del Estatuto Marco, pues no reclama el estudio de la necesidad de crear una plaza estructural, sino que se declare que la misma existe». Además, añade (*obiter dicta*) que «acudir a la figura de contrato laboral fijo indefinido –se reitera, para casos de fraude demostrado– sería además de dudosa eficacia, puesto que nada impediría que la Administración procediera seguidamente a amortizar, por no estimarla necesaria, aquella plaza laboral que no habría sido siquiera creada formalmente».

Por otra parte, para contextualizar el estado de la cuestión en la doctrina contencioso-administrativa, debe tenerse en cuenta que, en los supuestos en los que la relación no se ha extinguido, los tribunales están manteniendo, con «denominaciones» dispares, el carácter indefinido sin fijeza de las relaciones (STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Andalucía/Sevilla de 30 de septiembre de 2016, rec. núm. 250/2015; [Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo de 19 de septiembre de 2016, rec. núm. 281/2016](#))<sup>3</sup>. En estos pronunciamientos, al delimitar las posibles vías de terminación de estas nuevas situaciones, si bien indican el efecto extintivo de la cobertura reglamentaria de la plaza, no especifican si, en tal caso, debería abonarse una indemnización o no. Y, cuando se han referido a la posible «amortización», tampoco se especifica si puede ser «simple» o no.

- En el social, es muy discutible que la «jurisprudencia consolidada» de este orden haya establecido que la restitución (esto es, readmisión) sea un efecto prototípico previo de toda declaración de indefinido no fijo. Como se ha apuntado, aunque es posible que se acabe readmitiendo a un trabajador indefinido no fijo cuyo contrato ha sido extinguido, repárese que no es una consecuencia de dicha calificación como tal, sino del incumplimiento del régimen jurídico del despido colectivo (circunstancia que no se da en las sentencias del TSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del País Vasco). Por tanto, salvo en casos de nulidad (por este motivo o por alguno otro normativamente establecido) los efectos en supuestos de extinción

<sup>3</sup> Y, con anterioridad a septiembre de 2016, véanse SSTSJ de Castilla-La Mancha de 31 de marzo de 2014 (rec. núm. 371/2012) y de Galicia de 20 de abril de 2016 (rec. núm. 528/2015).

se «limitan» al abono de la indemnización por despido improcedente. En cambio, el TSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del País Vasco estaría aplicando *de facto* una tesis que se aproximaría a la de la «nulidad por fraude de ley», para, posteriormente, una vez restablecida la relación, aplicar la doctrina de los indefinidos no fijos (al respecto, debe recordarse que el derecho a la readmisión solo se reconoce para los trabajadores «fijos» *ex art.* 96.2 [EBEP](#)).

En definitiva, aunque el TSJ, Sala de lo Contencioso Administrativo, del País Vasco se «limita» a seguir el criterio del TJUE, hay elementos para entender que, al formular la cuestión prejudicial, habría «inducido» al TJUE a sostener una línea doctrinal que no se ajusta a la que –hasta la fecha– ha mantenido el orden social. En efecto, en el texto de la sentencia del TJUE puede apreciarse que el TSJ (al afirmar que recoge la práctica jurisdiccional interna –apdo. 27–) se refiere a «obligación de reincorporación» y, posteriormente, el TJUE en su fundamentación emplea la expresión «mantenimiento en su relación de servicio/puesto de trabajo» (apdos. 28 y 46). Si se pretendía equiparar la respuesta, debería haberse «limitado» a reconocer el derecho a una indemnización por despido improcedente. De hecho, las conclusiones del TJUE en los [casos Martínez/Castrejana](#) no impedirían una eventual corrección en esta línea porque no está exigiendo (en todo caso) que la readmisión obligatoria «deba ser la única» medida en los casos de extinción previa (además, con ello tampoco se atentaría contra el efecto útil del [Acuerdo Marco](#)). En efecto, de la lectura de la propia sentencia se extrae que para el TJUE lo relevante es que se prevea «alguna» medida para combatir el abuso, sin concretar cuál (pues, no es una cuestión que le corresponda determinar ni tampoco está prefijado en la directiva). Corrobora esta apreciación el hecho que el TJUE afirma que la respuesta para los indefinidos no fijos del ámbito social (apdo. 53) «podría ser una medida apta» (no lo impone) y, además (apdo. 54), la solución laboral debe imponerse «a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal».

Para el caso de que no se alineara y acabara consolidándose este planteamiento en el orden contencioso-administrativo, repárese que estaría ofreciendo un trato más protector que el previsto en el social. No obstante, a la luz del [Acuerdo Marco](#), esto no exigiría que también fuera extensible al ámbito laboral, al menos a los indefinidos no fijos, porque el propio TJUE en los [casos Martínez/Castrejana](#) ha afirmado (apdo. 40) que «la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva 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». Lo que, no obstante (*a priori*), no impediría que se valorara desde el punto de vista de otras disposiciones del derecho comunitario (por ejemplo, ¿el art. 21.1 [CDFUE](#)?).

Para concluir, a la luz del [Acuerdo Marco](#) y de su cláusula quinta (y, sobre todo, a partir del seísmo doctrinal que han provocado las tres sentencias de septiembre de 2016), parece indiscutible que la terminación de relaciones temporales sucesivas que puedan calificarse como abusivas debe ir acompañada de algún tipo de compensación. Sin dudar su efectividad

en la lucha contra el abuso no creo, personalmente, que la «restitución» de la relación laboral prevista por el TSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del País Vasco para el «empleo público-administrativo» sea la medida más ajustada. Mientras no se articule una nueva matriz normativa que no promueva/facilite el uso abusivo de las relaciones temporales y que, a su vez, lo combata eficazmente, convendría, quizás, una corrección doctrinal que (alejándose también de la tesis doctrinal mantenida por el TSJ de Madrid) se asemejara más a la prevista para el «empleo público-laboral».