

INDEFINIDOS NO FIJOS: NATURALEZA JURÍDICA, RECONOCIMIENTO Y EXTINCIÓN

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Profesor Agregado y TU Acreditado
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Abstract

El presente trabajo realiza un análisis crítico de las diversas etapas jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos, su (escueta) regulación normativa y los numerosos cambios en relación con las vías para su extinción y a las compensaciones económicas a las que tienen derecho. El estudio también atiende a las discrepancias existentes entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa sobre esta controvertida figura a raíz de la doctrina más reciente del TJUE.

This paper includes a critical analysis about the jurisprudential evolution regarding the juridical nature of non-permanent contracts of indefinite duration, its (brief) regulation and the numerous modifications of the forms of its termination and on the amount of compensation that workers are entitled. The study also focuses on the existing discrepancies between the social and the administrative jurisdiction about the non-permanent contracts of indefinite duration based on the recent doctrine of the European Courte of Justice.

Title: Non-permanent contracts of indefinite duration: juridical nature, recognition and termination

Palabras clave: indefinidos no fijos, naturaleza jurídica, extinción, indemnización

Key words: non-permanent contracts of indefinite duration, juridical nature, termination, compensation.

IUSLabor 3/2017, ISSN 1699-2938, p. 160-190.

Sumario

1. Punto de partida.
2. Primera fase: vaivén doctrinal y posterior calificación (judicial y normativa) como indefinidos no fijos (hasta 2013).
 - 2.1. Nuevo criterio del Tribunal Supremo: no fijeza y equiparación con los interinos por vacante.

- 2.1.1. No fijeza y sí indefinidos (no fijos).
- 2.1.2. (Inicial) Equiparación hermenéutica entre indefinidos no fijos e interinos por vacante.
- 2.1.3. Distinción hermenéutica (pese a la equiparación): reconocimiento de indemnización por “amortización simple” y por cobertura de plaza a indefinidos no fijos.
 - a. Indefinidos no fijos e indemnización ex artículo 49.1.c) ET por amortización simple.
 - b. Indefinidos no fijos e indemnización ex artículo 49.1.c) ET por cobertura de plaza.
- 2.2. Recepción de los indefinidos no fijos en el marco normativo.
- 2.3. Reconocimiento de la condición de indefinido no fijo.
3. Segunda fase: indefinidos no fijos (e interinos por vacante) son temporales (junio 2014).
 - 3.1. El cambio de naturaleza jurídica de los interinos por vacante: argumentación.
 - 3.2. El cambio de naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos: argumentación.
 - 3.3. Auto TJUE 11 de diciembre 2014 (C-86/14), Huétor Vega.
 - 3.4. Sobre las “amortizaciones simples” anteriores a la reforma de 2012 y ‘sub iudice’ con posterioridad a junio de 2014.
4. Tercera fase: los indefinidos no fijos “no son temporales” (marzo 2017).
5. Artículo 96.2 EBEP, indefinidos no fijos y Diego Porras: la cuestión prejudicial del JS/2 de Terrassa.
6. Trabajadores indefinidos no fijos en la jurisdicción C-A.
7. Valoración final.
8. Bibliografía.

1. Punto de partida

La configuración jurídica de lo que se conoce como trabajadores indefinidos no fijos ha experimentado una evolución particularmente cambiante en las últimas décadas. Se trata, como se sabe, de una figura que tiene un origen jurisprudencial y que, prácticamente, no ha tenido una proyección en el marco normativo (en la actualidad, es ciertamente testimonial).

En paralelo, aunque el número de trabajadores que pueden ser calificados como indefinidos no fijos es, hoy por hoy, difícil de determinar, puede “intuirse” que se trata de una “figura” atribuible a un amplio colectivo de empleados.

En este ensayo se abordará el estudio de la naturaleza jurídica de esta figura, su reconocimiento como tal y las vías de extinción a partir de su evolución jurisprudencial y su escueta regulación normativa. Tarea que se propone a partir de las siguientes etapas:

- Una primera fase caracterizada, por un lado, por un cierto vaivén doctrinal en la jurisprudencia y una posterior consolidación interpretativa, calificándolos como “indefinido no fijos” y considerar que están sometidos a condición; y, por otro lado, por la mención de esta figura en el EBEP.
- Una segunda fase a partir del cambio doctrinal producido a raíz de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/13), calificándolos como trabajadores temporales.
- Una tercera fase (y, por el momento, la última), a partir de la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/15), calificándolos como trabajadores “no temporales”.

A su vez, en la parte final de este trabajo, se abordará el impacto que la doctrina del TJUE en los asuntos “de Diego Porras”, “Martínez Andrés” y “Castrejana López” ha tenido sobre esta cuestión (incluyendo la cuestión prejudicial que, a la luz del caso “de Diego Porras”, pende sobre el artículo 96.2 EBEP) y la posible configuración de un concepto de “indefinido no fijo” diferenciado para la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo que, sin duda, ha incrementado notablemente la complejidad sobre esta cuestión.

Veamos todas estas etapas, con cierto detalle, a continuación.

2. Primera fase: vaivén doctrinal y posterior calificación (judicial y normativa) como indefinidos no fijos (hasta 2013)

Este período cuenta con un total de 4 “líneas o etapas doctrinales”: pasando de “no indefinidos o fijos” a “interinos de hecho”, posteriormente, “fijos” y, finalmente, “indefinidos no fijos”.

En efecto, la primera etapa puede identificarse con el contenido de la fundamentación de la STS 27 de noviembre de 1989 (núm. 1246). En este pronunciamiento, el Alto Tribunal establece que, como regla general y salvo supuestos especialmente cualificados “*las irregularidades que puedan cometer las Administraciones Públicas en la contratación temporal de personal a su servicio 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*”, que debe proveerse de acuerdo con los principios de publicidad y mérito.

La segunda etapa (interinos de hecho) se caracteriza por la introducción de una matización respecto de la precedente. Así, la jurisprudencia¹, establece que la irregularidad en la modalidad contractual temporal aplicada no debe determinar la transformación del contrato en indefinido, pero que esa contratación irregular pone normalmente de relieve que existe un puesto de trabajo laboral cuya provisión no ha sido objeto de cobertura reglamentaria y, en consecuencia, el contrato temporal se orienta en realidad a la finalidad de permitir, también con carácter temporal, el desempeño de esa plaza hasta que pueda cubrirse de forma definitiva, en lo que puede calificarse como interinidad de hecho.

La tercera etapa doctrinal (fijos) resulta particularmente disruptiva con respecto a las precedentes porque en la STS 18 de marzo 1991 (núm. 233), el Tribunal Supremo afirma que las AAPP están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza. Criterio que se reiterará en numerosos pronunciamientos².

Finalmente, la cuarta etapa o línea doctrinal supone un nuevo giro interpretativo respecto a la mantenida con anterioridad, pues, supone el reconocimiento de la condición de “indefinido no fijo distinta de la de fijo y, además, incluye el reconocimiento de esta “modalidad” en el marco normativo. A continuación, se analizará estas dos “fases” de esta etapa de forma detallada.

¹ STS 7/02/1990 (RJ 1990\838); 24/04/1990 (RJ 1990\3490); y 18/07/1990 (RJ 1990\6424).

² SSTs 27/01, 6 y 18/05, y 23 y 26/10/1992 (RJ 75; RJ 3516; RJ 3564; RJ 7676 y RJ 7842); 22/09 y 3/11/1993 (RJ 7026; y RJ 8539); 2/02/1994 (RJ 1994\782); 8/06, 17 y 20/07, 25/09 y 6/10/1995 (RJ 4774; RJ 6268; RJ 6319; RJ 7582; RJ 7197; RJ 7200; y RJ 1996\3248); y 26/10, 30/11 y 5/12/1996 (RJ 7796; RJ 9459; RJ 9615; y RJ 9640).

2.1. *Nuevo criterio del Tribunal Supremo: no fijeza y equiparación con los interinos por vacante*

Centrándonos, en primer lugar, en el ámbito jurisprudencial, conviene destacar dos líneas interpretativas: la que mantiene que en estos casos no puede adquirirse la condición de fijos, por un lado (1.1.1); y la que equipara el tratamiento entre indefinidos no fijos e interinos por vacante, por otro (1.1.2) (aunque, como se analizará, posteriormente, también establecerá algunas distinciones interpretativas entre ambos).

Veamos, a continuación, todos estos subestadios.

2.1.1. No fijeza y sí indefinidos (no fijos)

El Tribunal Supremo, en aras a 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*”³. Y, posteriormente, la STS [Pleno] 20 de enero 1998 (rec. 317/1997), que cuenta con un importante VP, incide en la naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos. En concreto, sostiene que “*el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término*”; pero añade que “*esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas*”. De ahí que, aunque se declare contraria a Derecho la causa de temporalidad pactada, conforme al artículo 49.1.c) ET y se reconozca la relación como indefinida, ésta queda sometida a una condición –la provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura–, cuyo cumplimiento determina la extinción del contrato de trabajo mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los arts. 51 y 52 ET⁴. Aunque, obviamente, la relación no se extingue si “*accede a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo*”⁵.

Posteriormente, la STS [Sala General] 27 de mayo 2002 (rec. 2591/01), y que también cuenta con un VP, confirmará el criterio mantenido por la STS [Pleno] 20 de enero 1998

³ SSTS 7/10/1996 (rec. 3307/1995). Criterio seguido por las SSTS 10 y 30/12/1996 (RJ 9139; y RJ 9864); y 14/03 y 24/04/1997 (RJ 12471; y RJ 3498).

⁴ No obstante, esta sentencia cuenta con un relevante voto particular en el que, de forma sintetizada, expone que no existe diferenciación alguna entre personal fijo y contratado por tiempo indefinido (“*entre esas dos situaciones no existe ninguna diferencia digna de ser tomada en cuenta*”).

⁵ SAN 2/01/15 (proc. 1/15).

(rec. 317/1997). En concreto, en este último pronunciamiento se sostiene que la cobertura definitiva y “mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido”, (pero no fijo) “hace surgir una causa de extinción del contrato”; causa que “tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del citado núm. 1 del art. 49 ET”; y ello porque “desde que una sentencia judicial firme aplica a un contrato de trabajo la doctrina de esta Sala contenida en la mencionada sentencia de 20 de enero de 1998, está cumpliendo lo previsto en el art. 9 ET, a saber, declarar la nulidad parcial del contrato aparentemente temporal (...) por contraria al art. 15 ET”, pero “sustituye dicha cláusula por otra causa de extinción del contrato, expresamente establecida en nuestra meritada Sentencia, a saber, la ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario, que cumpla los preceptos legales y los principios constitucionales”.

Así pues, basta con la denuncia fundada en esta causa para que el contrato indefinido no fijo se extinga. Y, en relación con la “cobertura”, ésta debe desarrollarse de acuerdo con el proceso reglamentario que proceda atendiendo a la normativa correspondiente. Esto es, procesos selectivos derivados de Oferta Pública de Empleo o Provisión Interna de Puestos de Trabajo⁶. 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: “desde el momento en que la plaza desaparece es claro que ya no podrá realizarse su provisión reglamentaria y el contrato indefinido no fijo, que incorpora esa condición, se extingue”.

Criterios que, analizados en perspectiva, serán muy relevantes porque se mantendrán invariablemente durante muchos años⁷, siendo ratificado de forma expresa en la importante STS [Sala General] 22 de julio 2012 (rec. 1380/2012).

Volviendo a la STS [Sala General] 27 de mayo 2002 (rec. 2591/01), es importante tener en cuenta el contenido del Voto Particular, especialmente, porque pone en duda la vía de extinción de los indefinidos no fijos al afirmar que “entendemos que la causa relacionada debe ser la extinción ‘por causas objetivas legalmente procedentes’ (art. 49.1.1. ET)”. Añadiendo que “[s]i nos encontramos por hipótesis ante trabajadores contratados por tiempo indefinido no parece coherente privarles de cualquier indemnización por fin de contrato”, pues les sitúa en una posición más desventajosa que a los trabajadores

⁶ De hecho, según la STS 21/01/13 (rec. 301/12), no cabe la extinción del contrato en un supuesto en que, tras el proceso de selección (seguido al amparo del Convenio Colectivo aplicable), la plaza queda desierta.

⁷ SSTs 20/07/07 (rec. 5415/05); 19/02/09 (rec. 425/08); 8/06/11 (rec. 3409/10); 27/02/12 (rec. 3264/10); 27/02/13 (rec. 736/12); 13/05/13 (rec. 1666/12).

temporales de la Administración. Planteamiento especialmente, relevante porque marca una línea de tendencia interpretativa que será asumida por el Tribunal Supremo en la sentencia 24 de junio 2014 (rec. 217/13) –ver al respecto *infra*.

No obstante, antes del cambio interpretativo que se produce en junio de 2014 es importante tener en cuenta que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 22 de julio 2013 (rec. 1380/12)⁸, como se ha apuntado, ratificará la validez de la “amortización simple” y de los argumentos que la sostienen y añadiendo que con la inclusión (como se analizará) de los trabajadores “indefinidos” en el EBEP (arts. 8 y 11):

- 1º) No ha desaparecido la figura de indefinido no fijo para transformarse en indefinido sin más.
- 2º) El indefinido no fijo sigue caracterizándose por ser consecuencia de una declaración derivada de irregularidades producidas en una previa contratación temporal y sigue cesando por cobertura de la vacante.
- 3ª) Las Administraciones Públicas no pueden contratar directamente trabajadores indefinidos, salvo en el caso de los profesores de religión (ver al respecto *infra*).
- 4º) Los trabajadores contratados a través de los sistemas legales de selección son trabajadores fijos (artículo 61.7 EBEP).

Por otra parte, también negará la posibilidad de aplicar a las “amortizaciones simples” de indefinidos no fijos 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, y, en concreto, las cláusulas 4ª (no discriminación) y 5ª (no uso abusivo), entre otros motivos, porque, en relación a la primera, entiende que la indemnización por extinción del contrato de trabajo no puede ser calificada como una “condición de trabajo”, sobre la que pueda exigirse igual trato entre indefinidos y temporales (sino que se trata de una “condición de empleo”). Tesis que, como se sabe, ha quedado rechazada en virtud de la STJUE 14 de septiembre 2014 (C-596/14), de Diego Porras, al afirmarse precisamente lo contrario.

Y, en relación con la cláusula 5ª de la citada Directiva, el Tribunal Supremo entiende que el marco normativo interno ya prevé medidas eficaces contra el abuso en el marco de los indefinidos no fijos. De hecho, afirma que *“el contrato indefinido no fijo es precisamente la medida que sanciona el uso abusivo de la contratación temporal en las Administraciones públicas, poniendo fin a la sucesión de contratos temporales mediante la consolidación estable de una situación, que solo terminará con la cobertura o la amortización de la vacante, frente a las que puede reaccionar el trabajador en los*

⁸ Y que seguirán, entre otras, las SSTS 23/10/13 (rec. 408/13); 25/11/13 (rec. 771/13); 13/01/14 (rec. 430/13); y 14/04/14 (rec. 1896/13).

términos examinados”. Criterio que tendrá que matizar a la luz del caso Huétor Vega del TJUE (Auto 11 de diciembre 2014, C-86/14) [ver al respecto en un apartado específico, *infra*].

2.1.2. (Inicial) Equiparación hermenéutica entre indefinidos no fijos e interinos por vacante

Esta doctrina se homogeneizará para los interinos por vacante⁹. En estos casos, también entiende que se extinguen (*ex arts. 1117 CC y 49.1.b ET*) no sólo al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura, sino también por la amortización de la plaza vacante ocupada, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato. La sujeción de estas relaciones laborales a condición es absolutamente determinante, pues, su realización, dada a conocer a través de la mera comunicación del empleador –sin más formalidades–, da lugar al cumplimiento del contrato y, por consiguiente, deja de producir efectos jurídicos. Lo que, evidentemente, hace innecesario el recurso a las vías de resolución por “causas de empresa” descritas en el ET.

La equiparación se predicará abiertamente, pues, la jurisprudencia afirma que (STS 27 de mayo 2002, rec. 2591/01): “*no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos (los indefinidos no fijos) con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad*”¹⁰. Por ello ha de entenderse que los contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo, y que la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad¹¹. Equiparación que (salvo lo que se apuntará en el epígrafe que sigue) se mantendrá hasta el cambio de doctrina producido por la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/15). En todo caso, en la medida que la calificación de indefinido no fijo implica el compromiso de la Administración de convocar una plaza, puede entenderse que, *de facto*, los indefinidos no fijos son “interinos de hecho”¹².

⁹ En este sentido: SSTS 27/05/02 (rec. 2591/01); 20/07/07 (rec. 5415/05); 19/02/09 (rec. 425/08); 8/06/11 (rec. 3409/10); 7/02/12 (rec. 3264/10); 13/05/13 (rec. 1666/12); 22/07/13 (rec. 1380/12); 14/10/13 (rec. 68/13); 15/10/13 (rec. 383/13); (2) 23/10/13 (rec. 408/13 y 804/13); 13/01/14 (rec. 430/13); 21/01/14 (rec. 1086/13); 11/02/14 (rec. 1278/13); 14/04/14 (rec. 1896/13); 11/06/14 (rec. 2100/13); 21/07/14 (rec. 2099/13); y 26/01/15 (rec. 3358/14).

¹⁰ Ver también, SSTS 20/07/07 (rec. 5415/05); 19/02/09 (rec. 425/08); y STS\Pleno 27/02/12 (rec. 3264/10).

¹¹ Criterio mantenido por la STS 13/05/13 (rec. 1666/12).

¹² En este sentido, como se ha podido apuntar, la jurisprudencia en una primera fase, en vez de referirse a los “indefinidos no fijos”, hablaba de “interinidad de hecho” –entre otras, STS 7 de febrero 1990 (núm.

2.1.3. Distinción hermenéutica (pese a la equiparación): reconocimiento de indemnización por “amortización simple” y por cobertura de plaza a indefinidos no fijos

A pesar de la equiparación conceptual en lo que a las vías de extinción se refiere (artículo 49.1.b ET), lo cierto es que la jurisprudencia acabará admitiendo diferencias relevantes entre indefinidos no fijos e interinos por vacante porque reconocerá a los primeros el derecho a una compensación económica por “amortización simple” (aunque no fuera una petición expresa de los demandantes) y, posteriormente, una indemnización por cobertura reglamentaria de plaza.

a. Indefinidos no fijos e indemnización ex artículo 49.1.c) ET por amortización simple

En concreto, en virtud de la STS 14 de octubre 2013 –rec. 68/13 (y al hilo de la STS 22 de julio 2013 –rec. 1380/12– que apunta esta posibilidad, pero sin entrar en el fondo de esta cuestión)–, se afirma que *“por más que se entendiera que pudiera ser equiparable a un contrato de interinidad por vacante”, en la medida que el contrato se ha extinguido “por una causa distinta de la cobertura por el procedimiento reglamentario de la plaza que ocupaba el trabajador a través de un sistema de acceso a la Administración pública empleadora regido por los principios de mérito y de capacidad (...), para evitar una situación de trato desigual injustificado, cabe entender aplicable por analogía la indemnización prevista en el citado art. 49.1.c) ET”*.

En definitiva, se trata de un criterio interpretativo que suavizará el planteamiento sentado en Sala General en la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/12) que –recuérdese, mantenía la validez de la “amortización simple”¹³. De hecho, esta doctrina consistente en abonar una indemnización, se acabará alineando con el criterio seguido por el TJUE en el caso Huétor Vega (antes apuntado), en el que, tras calificar a los contratos indefinidos no fijos como contratos de duración determinada, establece que en virtud de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70, debe establecerse algún tipo de compensación económica en caso de “amortización simple” dirigida a evitar el uso abusivo de esta “modalidad” de “contratación temporal” (repárese que el TJUE, al calificar a los indefinidos no fijos como temporales, se “alinea” con el criterio que mantendrá –como se abordará a continuación– el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de junio 2014, rec. 217/2013).

152)–; y, como se ha expuesto, recuérdese que el Fundamento 4º del VP a la STS\Pleno 20 de enero 1998 (rec. 317/1997) critica que no es posible distinguir a los indefinidos no fijos de los interinos por vacante.

¹³ Criterio que se reiterará en diversos pronunciamientos: SSTS 14/10/13 (rec. 68/13); 15/10/13 (rec. 383/13); (2) 23/10/13 (rec. 408/13 y 804/13); 13/01/14 (rec. 430/13); 21/01/14 (rec. 1086/13); 11/02/14 (rec. 1278/13); 14/04/14 (rec. 1896/13); 11/06/14 (rec. 2100/13); 21/07/14 (rec. 2099/13); 26/01/15 (rec. 3358/13); 30/03/15 (rec. 2276/14); y 11/05/15 (rec. 1090/14).

b. Indefinidos no fijos e indemnización ex artículo 49.1.c) ET por cobertura de plaza

Posteriormente, el propio Tribunal Supremo también admitirá la concesión de una indemnización de oficio (la prevista en el artículo 49.1.c ET para los contratos temporales) a los trabajadores indefinidos no fijos en caso de extinción por cobertura reglamentaria de la plaza. De hecho, así se recogerá en las SSTS 6 de octubre 2015 (rec. 2592/14); 31 de marzo 2015 (rec. 2156/14); y 4 de febrero 2016 (rec. 2638/15)¹⁴. No obstante, la propia doctrina jurisprudencial no mantendrá un criterio uniforme, porque también se dan casos en los que no se reconoce de oficio esta compensación (STS 21 de julio 2015, rec. 2672/14; y 19 de mayo 2015, rec. 2552/14 –relativa a la cobertura de plaza de una trabajadora interina por vacante y que excede de los 3 años *ex* artículo 70.1 EBEP–). No obstante, como se abordará posteriormente, este criterio, a su vez, será objeto de una nueva matización a partir de la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015).

Por otra parte, hasta la fecha, no consta que la jurisprudencia haya reconocido una indemnización *ex* artículo 49.1.c) ET a interinos por vacante por cobertura de plaza.

2.2. *Recepción de los indefinidos no fijos en el marco normativo*

La consolidación de esta doctrina en la jurisprudencia, no obstante, no tendrá un reflejo claro en el marco normativo, al menos, en un primer estadio. De hecho, el artículo 52.e) ET, en la redacción dada por la reforma de la Ley 12/2001, habla de “*contratos de trabajo por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones Públicas*”.

La reforma operada por la Ley 43/2006 sí confirmará (implícitamente) el criterio jurisprudencial existente al añadir la DA 15^a en el RD-Legislativo 1/1995 del ET, confirmándose, posteriormente, con su reforma a través de la Ley 35/2010. El contenido de esta norma, por otra parte, es particularmente relevante porque evidenciará que la condición de indefinido no fijo no está inexorablemente unida a la contratación temporal irregular, sino que también podrá producirse en caso de sucesión de contratos temporales lícitos.

La aprobación del EBEP (Ley 7/2007) supondrá el reconocimiento legal de la figura de los indefinidos no fijos al recogerse su distinción con respecto a los fijos (arts. 8.2.c y 11.1). No obstante, siguiendo la exposición de la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/12) es importante tener en cuenta que la “*real ratio legis*” es que la referencia a los “indefinidos” en el artículo 8.2.c no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD de 27.9.2006), ni en el que el Congreso remitió al Senado

¹⁴ En la STS 15/06/15 (rec. 2924/14) se reconoce el derecho a la indemnización *ex* artículo 49.1.c y DT 13^a RDL 1/1995 solicitada subsidiariamente por una trabajadora indefinida no fija.

(BOCG/S, 20.1.2007), sino que se incorporó durante la tramitación en éste, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos, en las que, junto al personal laboral fijo y al temporal, se añadía el indefinido, con la finalidad de que “*también el profesorado de religión esté contemplado en este artículo*” (BOCG/S 21.2.2007).

De hecho, más allá de las referencias en los citados arts. 8.2.c y 11.1, la figura de los “indefinidos” no vuelve a mencionarse a lo largo de todo el texto básico. Sin ir más lejos, si bien es cierto que el artículo 70 EBEP dispone que “*en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años*”, no se concreta en qué condición quedará el trabajador afectado (lo que no ha impedido que –como se abordará– la jurisprudencia y la doctrina judicial hayan dictaminado que será como “indefinido no fijo”). Por otra parte, también es importante reparar que el EBEP tampoco contiene disposición alguna específica sobre el régimen jurídico aplicable a las extinciones de los indefinidos no fijos. La única referencia al respecto es genérica para todo el personal laboral y se contiene en el artículo 7 EBEP, que se remite al ET y a las causas de extinción del artículo 49 ET, con la salvedad de lo dispuesto con referencia al despido disciplinario en el Título VII (Régimen disciplinario) del EBEP¹⁵.

Llegados a este estadio, como se ha avanzado (y se analizará con posterioridad), es importante tener en cuenta que la introducción en la DA 20ª ET de un párrafo 3º en virtud de la Ley 3/2012, reconociendo a los trabajadores “fijos” una prioridad de permanencia en los despidos colectivos que afecten a las AAPP tendrá (en junio de 2014 y como se abordará en otro epígrafe con posterioridad) un impacto muy relevante en la configuración de la naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos e interinos por vacante.

En definitiva, a resultas del EBEP, en la Administración existirán los siguientes tipos de vínculos laborales:

1. Trabajador fijo: acceso libre o promoción interna (sujetos a los requisitos de mérito, capacidad, igualdad y publicidad).
2. Trabajador temporal.
3. Trabajador indefinido *ab initio*: profesorado de religión.
4. Trabajador indefinido no fijo *sobrevenido* por alguna de las circunstancias siguientes:
 - Concatenación de contratos temporales regulares¹⁶.

¹⁵ Sin olvidar que el artículo 74 EBEP se refiere a la ordenación de su organización a través de la relación de los puestos de trabajo.

¹⁶ Entre otras, SSTS 3/12/13 (rec. 816/13); y 22/07/13 (rec. 1380/12); SAN 10/02/16 (rec. 335/15); y SSTSJ Asturias 22/01/10 (rec. 2537/10); y Madrid 25/09/09 (rec. 1906/09).

- Cesión ilegal¹⁷.
- Interinos por vacante que han superado el plazo previsto en el artículo 70.1 EBEP¹⁸.
- Reversión o reasunción de servicios públicos¹⁹.

No obstante, en relación con este último supuesto, es importante tener en cuenta que la DA 26ª de la reciente Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, prevé una disposición relativa a las “[I]mitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público”. En este sentido, sorprende que la norma impida que los trabajadores que presten servicios para las empresas descritas en los apartados a) y b) puedan considerarse como “empleados públicos” *ex* artículo 8 EBEP. Especialmente, porque este precepto prevé de forma explícita la figura de los trabajadores “indefinidos” (esto es, “indefinidos no fijos”).

Y, precisamente, ésta era la calificación que, hasta la fecha, se ha estado aplicando a los trabajadores que se encuentran en alguno de los procesos descritos en los citados apartados a) y b) subsumibles en el fenómeno de la subrogación de empresa en su modalidad de reversión o reasunción de servicios públicos. En este sentido, también sorprende que, a continuación, se afirme que a los trabajadores descritos en los citados apartados les serán de aplicación las “previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral”.

Recuérdese que, en virtud de lo previsto en la Directiva 2001/23 y el artículo 44 ET, la transmisión de una entidad económica (“materializada” o “desmaterializada”) que mantenga su identidad con posterioridad al traspaso implica, entre otros efectos, la asunción imperativa de la plantilla de la cedente. Y teniendo en cuenta el principio de

¹⁷ SSTS 21/02/17 (rec. 2720/15); 23/11/16 (rec. 91/16); 17/09/02 (rec. 3047/01); y 19/11/02 (rec. 909/02); SSTSJ Galicia (2) 27/02/17, rec. 4395 y 4396/16); Andalucía\Málaga 15/02/17 (rec. 1909/16). Debiéndose tener en cuenta al respecto, la DA 1ª del RD Ley 20/2012.

¹⁸ Entre otras, SSTS 14/07/14 (rec. 1847/13); 15/07/14 (rec. 1833/13); y 14/10/14 (rec. 711/13); y SSTSJ Galicia 28/04/16 (rec. 1234/15); y 19 y 27/01/17 (rec. 2668/16 y 2669/16); CyL\Burgos (2) 2/03/17 (rec. 81/17; y 83/17); y CyL\Valladolid 3 y 10/05/17 (rec. 275/17; y 274/17). El cómputo del plazo de 3 años empieza para las relaciones iniciadas una vez ha entrado en vigor el EBEP, dejando al margen otros sistemas de cobertura de vacantes como es el de consolidación de empleo. SSTSJ Madrid 8/03/17, 29/06/17 y 10/07/17 y 17/07/17 (rec. 87/2017; 429/17; 322/2017; y 503/2017). Y, siguiendo con la STSJ Galicia 26/07/17 (rec. 1504/17) el plazo de 3 años es improrrogable y además no se exige “*un especial ánimo defraudatorio o de perjudicar a los interinos contratados*”.

¹⁹ No así en un proceso de privatización: SSTS (2) 18/09/14 (rec. 2323/13 y 2320/13): “*se hace difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como indefinidos no fijos*”.

primacía del derecho de la UE, resulta muy complejo que pueda eludirse esta regla²⁰. Corrobora este planteamiento el contenido del artículo 130.3 de la Ley 9/2017 de Contratos del sector público²¹.

Pues bien, la convergencia de estos elementos precipita un problema de primera magnitud: si dichos trabajadores deben quedar imperativamente integrados en el seno de la cesionaria y (parece que ya) no pueden ser calificados como “indefinidos no fijos”, debemos preguntarnos cuál será la condición de los mismos si se produce alguno de los procesos descritos en los citados apartados a) y b).

O, dicho de otro modo, deberíamos preguntarnos si la DA 26ª LPGE'17 está creando una nueva “modalidad contractual” diferenciada de la figura del trabajador indefinido no fijo. Y, en tal caso, quedaría por determinar cuál es su régimen jurídico. La remisión con efectos excluyentes de la citada DA 26ª al artículo 8 EPEP en su integridad nos ha situado en un nuevo escenario cuya evolución futura es particularmente incierta. Es claro (y, de hecho, la doctrina jurisprudencial hasta la fecha es pacífica –entre otras, STS\CA 17 de febrero 2016, rec. 3944/2014–) que el marco normativo impide que los trabajadores afectados por estos procesos pasen a formar parte de la función pública y del personal laboral de la Administración pública, sin el previo acceso por un sistema de libre concurrencia pública sometido a los principios de igualdad, capacidad y mérito. Pero, precisamente, ante la falta de respuesta legislativa explícita a estos casos, la figura de los indefinidos no fijos ha sido una vía (imperfecta) de solución.

Se ha afirmado que uno de los propósitos de esta norma es evitar algunas decisiones dirigidas a remunicipalizar algunos servicios. Si bien es pronto para saber si efectivamente la norma tendrá un efecto disuasivo en estos procesos, creo que puede afirmarse con cierta seguridad que, en la medida que los efectos de la Directiva 2001/23 no pueden eludirse, en aquellos casos en los que se acabe produciendo una reversión o una integración, esta disposición probablemente contribuirá a acrecentar los problemas asociados a los mismos. Especialmente porque (parece que) impide la aplicación de las escasas reglas que –ante la pasividad del Legislador– ha tenido que crear la jurisprudencia para este colectivo. No obstante, simplemente como apunte, debe tenerse en cuenta un sector de la doctrina administrativa habla de “personal subrogado”, como una categoría

²⁰ En términos similares, MAURI MAJÓS, Joan, “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 43, 2017, p. 79-123.

²¹ Debiéndose entender, por otra parte, que la prohibición de consolidación que establece el artículo 308.2.2 de la misma Ley, se refiere únicamente a la no adquisición de la condición de empleado público con plaza en propiedad.

diferenciada de los “indefinidos no fijos”²². En este sentido, habrá que esperar a su evolución. No obstante, si a efectos extintivos, se acaba equiparando a lo que en la actualidad ya se prevé jurisprudencialmente para los “indefinidos no fijos”, no dejaría de ser un “circunloquio jurídico”.

2.3. Reconocimiento de la condición de indefinido no fijo

Una cuestión controvertida es si el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo (sobrevenido) debe ser únicamente judicial (*obiter dicta*, STSJ\C-A Cataluña 19 de febrero, rec. 170/2013) o no (SAN 10 de febrero 2016, rec. 335/2015).

No obstante, todo indica que esta discusión ha quedado definitivamente zanjada a la luz de la DA 34ª. Dos de la LPGE'17 al afirmar que “[a]sí mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial”²³.

3. Segunda fase: indefinidos no fijos (e interinos por vacante) son temporales (junio 2014)

La STS 24 de junio 2014 (rec. 217/13) –dictada en Sala General–, referida a la extinción de interinos por vacante, pone fin a la posibilidad de acudir a la “amortización simple” (“[e]llo, incluso, cuando se haya aprobado una nueva Relación de Puestos de Trabajo”)²⁴. Tesis confirmada de forma específica para la extinción de trabajadores indefinidos no fijos en la STS 8 de julio 2014 (rec. 2693/13).

²² Aunque sin precisar si se les deben aplicar las mismas reglas extintivas que las aplicadas a los indefinidos no fijos o no.

²³ En otro orden de consideraciones, en relación a las posibilidades de movilidad de los indefinidos no fijos, ver SSAN 2/01/15 (rec. 276/14); y 22/06/16 (proc. 5/16); SSTSJ Andalucía\Granada 22/06/15 (proc. 4/15); \Sevilla 27/09/17 (rec. 14/2017); Galicia 24/02 y 28/03/17 (rec. 4555/14 y 5090/16)

²⁴ En relación con esta sentencia puede consultarse, entre otros trabajos, DE SOTO RIOJA, Sebastián, “Los despidos colectivos en el ámbito del sector público. Balance de aplicación tras ‘casi’ tres años desde su reforma”, en GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel (Coord.), *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, CARL, Sevilla, 2015, p. 81 y ss.; BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Reestructuración de plantilla por amortización simple de indefinidos no fijos e interinos por vacante: objeciones a una opción jurisprudencialmente abortada y (eventual) responsabilidad de la administración de justicia (por el cambio de doctrina)”, en GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel (Coord.) *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, CARL, Sevilla, 2015, p. 471 y ss.; y ARENAS VIRUEZ, Margarita, “Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza”, *Temas Laborales*, nº 129, 2015, p. 133 y ss.

Lo cierto es que la posibilidad de recurrir a la “amortización simple” habilitaba una vía ciertamente generosa a las Administraciones Públicas para reajustar sus plantillas en un escenario de contención presupuestaria y ajuste del déficit. Especialmente porque hacía innecesario acudir a los procedimientos de resolución por “causas de empresa” previstos en los artículos 51 y 52 c) y la DA 20ª del ET. Es evidente que con este giro jurisprudencial se da una adecuada respuesta (en términos de justicia material) a este colectivo, al incrementarse notablemente su estatuto protector²⁵. En efecto, aunque, como se ha expuesto, la jurisprudencia, para entonces, ya había matizado parcialmente la doctrina de la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/12), al admitir la posible percepción de una compensación económica a los indefinidos no fijos, la respuesta a la situación del conjunto del colectivo (incluyendo a los interinos por vacante) era manifiestamente insatisfactoria. La reconducción hacia una lógica causal e indemnizada de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/13), parece una opción más razonable (aunque se lleva a cabo a partir de argumentos discutibles).

El punto de partida de esta sentencia es el siguiente: *“el último párrafo de esta Adicional [la 20ª ET] al dar prioridad de permanencia al personal fijo evidencia que la misma [la DA 20ª ET] se aplica, también, al personal indefinido no fijo y al interino por vacante”*. En definitiva, para el Tribunal Supremo sólo puede proclamarse una prioridad de permanencia a una tipología de trabajadores (en este caso “fijos”) si no se hace a costa (o con respecto) a otros concurrentes.

Criterio que fundamenta a partir de un cambio en la fundamentación de la naturaleza jurídica de los interinos por vacante e indefinidos no fijos: calificándolos como contratos temporales.

3.1. El cambio de naturaleza jurídica de los interinos por vacante: argumentación

En relación con los interinos por vacante, el Tribunal Supremo sostiene que *“mayor dificultad exige determinar si a estos efectos [a los del penúltimo párrafo del artículo 51.1 ET] son computables los contratos de interinidad por vacante que se resuelvan por la amortización de la plaza ocupada”*. Lo que, finalmente (pese a la complejidad interpretativa de la tarea), no le impide acabar concluyendo que ya no puede procederse a la “simple amortización” de estas relaciones contractuales. Según el Tribunal Supremo, esta nueva doctrina gravita, en esencia, alrededor de la idea de que ya no son contratos sometidos a condición, sino que están sujetos a término. Y, en concreto, se trata de contratos temporales *“de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de*

²⁵ Ver al respecto, el VP formulado a la STS 22/07/13 (rec. 1380/12).

selección que se convocará para cubrirla (artículo 4.2 RD 2720/1998)”. Añadiendo que debe rechazarse la idea de la condición, porque “requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 CC)”; y porque sería nula pues ex 1115 y 1256 del Código Civil, “*su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo que no es correcto, según esos preceptos”*.

No obstante, esta construcción es discutible porque es posible formalizar un contrato sometido a condición a partir de un hecho cierto, pero que, por ejemplo, es desconocido por los contratantes (para ilustrar: dejamos de comprometernos si nuestro equipo perdió en el partido de ayer). Por otra parte, la afirmación de que las convocatorias acaban efectivamente produciéndose también resulta discutible, especialmente, cuando abundan ejemplos de interinos por vacante que llevan décadas en esta situación.

En cualquier caso (al margen de estas objeciones teórico-jurídicas), siguiendo la argumentación de la sentencia analizada, en la medida que los contratos interinos por vacante son contratos a término, si se decide su amortización unilateral, se está produciendo una ineficacia contractual sobrevenida y no por cumplimiento del término, de modo que, a los ojos del Tribunal Supremo, tales extinciones deben canalizarse a través de la DA 20ª ET [hoy DA 16ª ET] (y, por ende, son subsumibles en el marco del penúltimo párrafo del artículo 51.1 ET). Y esta doctrina es aplicable exista o no exista RPT en la AP afectada (o, existiendo, el trabajador afectado esté o no formalmente incluido en RPT). Entendiéndose que la RPT “*ha de tener indudable valor probatorio para acreditar la concurrencia de la correspondiente causa extintiva”*.

3.2. *El cambio de naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos: argumentación*

Como punto de partida, es relevante tener en cuenta que el caso resuelto por la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/13) se refiere explícitamente a la “amortización simple” de trabajadores interinos por vacante (de la Universidad Politécnica de Madrid) –y no, por tanto, a trabajadores indefinidos no fijos. Extremo que no impedirá que el Alto Tribunal también se refiera al cambio de naturaleza de este colectivo. En concreto, respecto de este colectivo, el elemento precipitador de este cambio de doctrina se halla en “*la aplicación de esta nueva normativa [DA 20ª ET]”*, pues ha mejorado lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 1998/59/ CE, de 20 de julio, con relación al personal laboral de las Administraciones públicas, a quien a partir de ahora se aplica lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) ET en los despidos colectivos por CETOP y en los despidos por causas individuales por causas objetivas.

De modo que, a la luz de este nuevo marco normativo), afirma “es indudable porque la extinción de los contratos de este tipo es computable al efecto de considerar el despido, como colectivo, conforme al penúltimo párrafo del citado art. 51.1 del ET que excluye del cómputo las extinciones de contratos temporales que se produzcan con arreglo al art. 49.1.c) del texto legal citado”²⁶. Así que “la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo (...) no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52.c) del ET. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva RPT”. Lo que significa que, si la Administración ha llevado a cabo una “amortización simple”, debe calificarse como una extinción injustificada (nula o improcedente) porque no se ha seguido el cauce procedimental previsto en el ET ni tampoco se ha probado la causa extintiva²⁷. Aunque se han dado algunas excepciones en el caso de los Promotores de Empleo (Servicio Andaluz de Empleo)²⁸.

²⁶ Ver también, SSTSJ Cataluña 17/06/13 (rec. 1971/13); 8 y 27/07/13 (rec. 2724/13; y 2531/13); y 4/10/13 (rec. 3831/13).

²⁷ Criterio seguido por numerosas sentencias: SSTS 11/02/15 (rec. 840/14); 17/03/15 (rec. 753/14); 18/03/15 (rec. 1521/14); 12 y 26/05/15 (rec. 1080/14; y 391/14); 23/06/15 (rec. 1981/14); 30/06/14 (rec. 2068/14); 7/07/15 (rec. 2598/14); 13/07/15 (rec. 2405/14); 27/10/15 (rec. 2574/14); 27/10/15 (rec. 2244/14); 16/02/16 (rec. 1199/14); 8/03/16 (rec. 3423/14); 4, 5 y 20/04/16 (rec. 2600/14; 1874/14; y 309/16); 9/06/16 (rec. 508/16); 5 y 7/07/16 (rec. 84/15; y 2536/14); 26/10/16 (rec. 581/15); 13/12/16 (rec. 3774/14); 27/01/17 (rec. 430/13); 9/03/17 (rec. 2636/16); 23/03/17 (rec. 1581/15); 19/07/17 (rec. 3255/15); y 18/09/17 (rec. 514/15).

Y sobre el caso de la Caso Agencia de Innovación, Financiación e Internacionalización Empresarial de Castilla y León: SSTS (2) 7, (4) 14, 15 y 17/07/14 y 16/09/14 (rec. 1844/13; 2285/13; 2057/13; 1847/13; 2680/13; 2052/13; 2047/13; 1801/13; 1833/13; 1873/13; y 1880/13); y 18/12/14 (rec. 1790/13). En la doctrina judicial (entre otras): SSTSJ Catalunya 13 y 21/11/14 (rec. 4879/14; y 5024/14); 10/12/14 (rec. 4947/14); CLM 18/12/14 (rec. 1296/14); Galicia 19/12/14 (rec. 3605/14); Madrid 1 y 19/12/14 (rec. 745/14; y 765/14); 23/01/15 (rec. 797/14); y 12/02/15 (rec. 582/14); Illes Balears 27/03/15 (rec. 103/15).

La nulidad también se ha declarado en situaciones en las que la amortización de la plaza se ha producido como represalia a indefinido no fijo cesado “cuando tenía en trámite su demanda de reconocimiento de derecho a ocupar una plaza de personal laboral reservada para el proceso extraordinario de consolidación y a ser adscrita a una plaza de tales características” (STS 7/07/15 (rec. 2598/14); y 13/12/16 (rec. 2059/15)).

Y, la adscripción de una indefinida no fija a una plaza funcional ya ofertada, impidiendo que pueda participar en las pruebas convocadas para acceder a desempeñar, en régimen definitivo, la plaza ocupada por ella debe ser calificado de improcedente (STS 20/07/17 (rec. 2832/15)).

²⁸ En efecto, la doctrina de la STS 24/06/14 (rec. 217/13), no será aplicable a estos trabajadores, nombrados en virtud de plan extraordinario con contrato temporal declarados trabajadores indefinidos no fijos que han sido cesados por insuficiencia presupuestaria ex artículo 52.e ET (sin ofrecer ni poner a disposición la indemnización legalmente prevista). En estos casos, el Tribunal Supremo (de forma controvertida) no declara nulidad (sino la improcedencia) porque no es obligatorio acudir al despido colectivo –la extinción no es a “iniciativa del empresario”, sino que viene determinada por el contenido de la Ley 35/2010 y RD-Ley 13/2010. Ver STS (9) 21/04/15 (rec. 1235/14; 184/14; 683/14; 1004/14; 1022/14; 1071/14; 1238/14; 1408/14; y 1511/14); 14/09/15 (rec. 2272/14); 18/05/16 (rec. 3483/14); 9 y 30/06/16 (rec. 3476/14 y 3846/14); 3 y 19/07/16 (rec. 313/15; y 159/15); 13 y 20/10/16 (rec. 3138/15; y 3250/15); 30/01/17 (rec.

Lo cierto es que la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/13) reformula explícitamente la naturaleza jurídica de los interinos por vacante, al calificarlos como contratos sometidos a término, pero no dice nada con respecto a la de los indefinidos no fijos. No obstante, la jurisprudencia posterior a junio de 2014 mantendrá un criterio paralelo al de los interinos por vacante (sin excesivo detalle). De hecho, la STS 8/7/14 (rec. 2693/13) ratifica la equiparación entre indefinidos no fijos e interinos por vacante. Más explícita resulta la STS 6 de octubre 2015 (rec. 2592/14) al afirmar que “[l]os contratos del personal indefinido no fijo, se dice en esa sentencia [la de junio de 2014] y otras muchas posteriores que la han seguido, tienen naturaleza temporal y están sujetos a una duración determinada -hasta la cobertura reglamentaria de la vacante- de manera que se conoce la posible causa de terminación del mismo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá”²⁹.

3.3. Auto TJUE 11 de diciembre 2014 (C-86/14), Huétor Vega

Como se ha apuntado anteriormente, el TJUE en el caso Huétor Vega (Auto 11 de diciembre 2014, C-86/14), también califica a los indefinidos no fijos como contratos de duración determinada³⁰. En concreto, recuérdese que el TJUE establece que, en virtud de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70, debe establecerse algún tipo de compensación económica en caso de “amortización simple” dirigida a evitar el uso abusivo de esta “modalidad” de “contratación temporal”. En este sentido, el TJUE establece que, por un lado, que los trabajadores indefinidos no fijos “se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de este Acuerdo marco, en la medida en que dicho trabajador ha estado vinculado a su empleador mediante contratos de trabajo de duración determinada...”. Y, por otro, que “[e]l Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el

2780/15); (3) 4/04/17 (rec. 3423/16; 3609/16; y 3422/15); y 24 y 27/04/207 (rec. 3336/15; y 3233/15); 19/07/17 (rec. 3884/15); 19, 21 y 27/09/17 (rec. 3428/15; 3343/15; y 3371/15); (2) 17/10/17 (rec. 3239/15; 3427/15). En estos casos, en contra del criterio del Tribunal Supremo, podría entenderse que la extinción se produce por “factum principis”, lo que implicaría la reconducción de estas resoluciones al régimen jurídico de la “fuera mayor” (provocando la nulidad de estas extinciones por no haberse seguido el cauce legalmente habilitado).

Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Extinción contractual de promotores de empleo del Servicio Andaluz de Empleo: ¿Posible resolución por ‘factum principis’?”, *Blog del Autor*, 2016 (disponible en: <http://ignasibeltran.com/2016/10/03/extincion-contractual-de-promotores-de-empleo-del-servicio-andaluz-de-empleo-posible-resolucion-por-factum-principis/> (última consulta 2017/11/07)).

²⁹ Ver también, STS 4/02/16 (rec. 2638/15).

³⁰ La cuestión prejudicial fue planteada por el JS nº 1 Granada sobre el alcance de la Directiva 1999/70, y en relación con el cese sin indemnización alguna por amortización de plaza (“amortización simple”) de una empleada indefinida no fija (Locutora Radio) del referido Ayuntamiento.

sector público, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos”.

Planteamiento que (como se ha apuntado) se alinearé con la doctrina que reconocía una indemnización a los indefinidos no fijos en caso de cobertura reglamentaria de la plaza.

3.4. Sobre las “amortizaciones simples” anteriores a la reforma de 2012 y ‘sub iudice’ con posterioridad a junio de 2014

La confirmación de la doctrina que permitía a las Administraciones acudir a la “amortización simple” en virtud de la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/13), ratificó un medio de extinción de los indefinidos no fijos (aunque luego, se vio drásticamente modificado con la STS 24 de junio 2014, rec. 217/13). Lo que probablemente impulsó a las AAPP a seguir empleándolo a partir de julio de 2013. No obstante, repárese que, en la medida que el caso resuelto por la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/13) se refería a un supuesto extintivo anterior en el tiempo a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, la jurisprudencia no acudió al argumento que proyectaba el párrafo 3º de la DA 20ª ET aprobado por la citada Ley. Y es claro que el nuevo criterio jurisprudencial sentado por la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/13) debía entenderse aplicable para todas las “amortizaciones simples” producidas tras la entrada en vigor de la reforma de 2012. Respecto a las acaecidas con anterioridad, pero *sub iudice* con posterioridad a junio de 2014, podía plantearse si la solución debía ser distinta en función de si se trataba de interinos por vacante o indefinidos no fijos.

En relación con los interinos por vacante, lo cierto es que su cambio de naturaleza jurídica (desde junio de 2014 deben ser calificados como “temporales”) nada tenía que ver la entrada en vigor de la reforma de 2012. De modo que (más allá de las dudas que esta nueva tesis pueda suscitar), lo cierto es que es coherente que para esta “modalidad” se aplique retroactivamente sin límite. En este sentido, la STS 8 de julio 2014 (rec. 2693/13) afirma que “[s]i se examina con detenimiento los Fundamentos de la, tan reiterada, STS de 24 junio 2014 que han conducido al nuevo rumbo doctrinal se comprobará cómo el papel que en ellos juega el tenor de la DA 20ª ET es bien modesto”. Y, posteriormente, también se asevera que “[p]or tanto, como se observa, el criterio acogido por la STS de 14 junio 2014 no ha dependido del juego de la DA 20ª ET, sino que este precepto ha servido como mero detonante para propiciar la transición reseñada”.

En relación con las “amortizaciones simples” de indefinidos no fijos producidas con anterioridad a la reforma de 2012 y resueltas con posterioridad a junio de 2014 se han planteado más conflictos. Especialmente, porque –como se ha expuesto– para la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/13), la reforma de 2012 tenía una importancia destacada en el

cambio de naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos (y, por tanto, se suscita la duda de si esta doctrina es aplicable a los casos anteriores a la reforma)³¹. La particularidad del caso es que el Tribunal Supremo mantendrá de forma coetánea en el tiempo criterios totalmente discrepantes (negando y admitiendo la posibilidad de acudir a una “amortización simple” en estos casos)³².

Finalmente, a partir de la STS 20 de abril 2016 (rec. 309/16), *obiter dicta*, y la STS 8 de julio 2016 (rec. 1325/14), quedan las dudas despejadas³³. De modo que el cambio de doctrina establecido en junio de 2014 puede aplicarse retrospectivamente sin límite (aunque eso pudiera dar lugar a soluciones totalmente dispares ante casos idénticos³⁴). Especialmente, porque el Alto Tribunal aboga por extender el criterio de los interinos por vacante a los indefinidos no fijos; y porque, como expondrá el propio Tribunal Supremo³⁵: “[a] diferencia del sistema del common law, en el que el precedente actúa como una norma y el overruling, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del prospective overruling, rigiendo, por el contrario, el retrospective overruling (sin perjuicio de la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley)”.

En cualquier caso, es importante destacar que, en este instante, el Tribunal Supremo era partidario de mantener un alto nivel de identidad en el tratamiento de los interinos por

³¹ Recuérdese que al respecto afirma: “[e]l último párrafo de esta Adicional al dar prioridad de permanencia al personal fijo evidencia que la misma se aplica, también, al personal indefinido no fijo y al interino por vacante. La aplicación de esta nueva normativa a los trabajadores denominados indefinidos no fijos es indudable”.

³² Manteniendo que el cambio hermenéutico no es aplicable a las “amortizaciones simples” producidas con anterioridad a la reforma junio de 2012: STS 21/07/14 (rec. 2099/13); 26/01/15 (rec. 3358/13); [implícitamente] 17/03/15 (rec. 753/14); y 11/05/15 (rec. 1090/14). Manteniendo un criterio totalmente contrario: STS [obiter dicta] 21/07/14 (rec. 1508/13); [obiter dicta] 13/10/14 (rec. 2745/13); 29/10/14 (rec. 1765/13); [obiter dicta] 4/11/14 (rec. 2679/13); 2/12/14 (rec. 2371/13); 19/02/15 (rec. 51/14); 9/03/15 (rec. 2186/14); 13/07/15 (rec. 1165/14); 25/02/16 (rec. 2537/14).

³³ Manteniéndose con posterioridad, ya de forma constante: STS 20/12/16 (rec. 103/15); 30/03/17 (rec. 961/15); (2) 4 y 11/05/17 (rec. 1050/15; 2096/15; y 531/15); 18/09/17 (rec. 514/15); y 20/04/17 (rec. 1325/16).

³⁴ Especialmente ilustrativo es el caso del Ayuntamiento de los Barrios. Declarando la “amortización simple” ajustada a derecho: STS 30/03/15 (rec. 2276/14); y 11/05/15 (rec. 1090/14). En cambio, declarando la nulidad: STS 9 y 30/03/17 (rec. 2186/14; y 961/15); (2) 4 y 11/05/17 (rec. 1050/15; 2096/15; y 531/15); y 18/09/17 (rec. 514/15); y 10/10/17 (rec. 97/15).

³⁵ STSS 30/03/17 (rec. 961/15); (2) 4 y 11/05/17 (rec. 1050/15; 2096/15; y 531/15); 18/09/17 (rec. 514/15); y 10/10/17 (rec. 97/15).

vacante e indefinidos no fijos. Aspecto que se romperá al poco tiempo con la STS [Pleno] 28 de marzo 2017 (rec. 1664/15), dando pie a la tercera fase anunciada al principio.

4. Tercera fase: los indefinidos no fijos “no son temporales” (marzo 2017)

El reconocimiento de una indemnización a los indefinidos no fijos *ex* artículo 49.1.c) ET en caso de cobertura reglamentaria de una plaza, como se ha expuesto anteriormente, había sido admitida por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones³⁶.

En la STS 7 de noviembre 2016 (rec. 755/15) el Tribunal Supremo, rechazando explícitamente la aplicación de la doctrina “de Diego Porras”³⁷, en un caso extinción por cobertura reglamentaria de la plaza de un indefinido no fijo, ratifica la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) ET reconocida en la instancia y confirmada en suplicación. Criterio que, además, entiende que se alinea perfectamente con la doctrina del TJUE en el caso Huétor Vega.

No obstante, este criterio parece que estaba irremediablemente destinado a sufrir algún cambio o matización, a partir de la irrupción de la doctrina del TJUE en el caso “de Diego Porras”. De hecho, en suplicación, no eran pocos los supuestos en los que se estaba reconociendo en estos casos una indemnización equiparable a la de los despidos objetivos (20 días por año con un máximo de 12 meses)³⁸.

En todo caso, las numerosas cuestiones prejudiciales pendientes de resolución por el TJUE en relación a las múltiples dudas interpretativas que ha suscitado el controvertido caso “de Diego Porras”, las declaraciones públicas de su Presidente sobre su posible error y las limitadas conclusiones de la Comisión de Expertos, acompañada de la falta de actuación del Legislador, hayan llevado al Tribunal Supremo a posponer su interpretación al respecto³⁹ (de hecho, a través del ATS 25 de octubre 2017, rec. 3970/16, ha planteado una nueva cuestión prejudicial al TJUE para que aclare el sentido de dicha sentencia⁴⁰).

³⁶ STS 6/10/15 (rec. 2592/14); 31/03/15 (rec. 2156/14); y 4/02/16 (rec. 2638/15)

³⁷ Especialmente porque “*quien recurre es la parte demandada y, por consiguiente, no se suscita aquí la cuestión del importe de la indemnización*”.

³⁸ STSJ País Vasco 28/03/17 (rec. 473/17); Galicia 26/10/16 (rec. 2059/16); 17 y 30/01/17 (rec. 3864/16; y 4245/16); 10 y 17/05/17 (rec. 717/17; y 5320/16); Asturias 8/11/16 (rec. 2142/16); y 21/03/17 (rec. 493/17).

³⁹ De hecho, habiéndose producido una extinción ajustada a derecho, el Tribunal Supremo ha obviado por completo esta cuestión (STS 8/06/17, rec. 1365/15; y 23/11/16, rec. 690/15).

⁴⁰ Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Crítica a la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo en el caso Diego Porras: luces y sombras”, *Revista de Derecho VLex*, nº 162, 2017.

Pues bien, es en este escenario en el que debe ubicarse la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/15) –en Pleno y sin votos particulares– que da pie a la última de las etapas descritas. En virtud de esta sentencia, se reconoce una indemnización de 20 días a un caso de cobertura reglamentaria de plaza de un trabajador indefinido no fijo (corrigiendo la doctrina que hasta la fecha había mantenido –aplicando la indemnización del artículo 49.1.c ET).

La particularidad de la sentencia –y ciertamente novedoso– es que para el reconocimiento de esta indemnización no se recurre a la tesis del TJUE “de Diego Porras”. Los argumentos de esta sentencia (ciertamente discutibles) para este cambio de criterio son los siguientes (agrupados en 4 apartados):

Primero: el personal indefinido no fijo no es equiparable al temporal. De modo que, a partir de esta sentencia, se rompe el paralelismo que, hasta la fecha, el Tribunal Supremo había mantenido entre interinos por vacante (temporales, a partir de junio de 2014) e indefinidos no fijos (no temporales, a partir de marzo de 2017). Distinción que resulta hasta cierto punto ficticia, pues, en ambos casos se mantiene la obligación de dar cobertura reglamentaria de la plaza. De hecho, lejos de tratarse de una modalidad indefinida, se trata de una asimilable a una “interinidad de hecho” (al igual que los interinos por vacante). En la medida que esta paridad se mantiene en la actualidad, repárese que este elemento podría propiciar una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE, pues, si a los interinos por vacante (en virtud de lo que acabe dictaminando el TJUE) no se les acaba reconociendo una indemnización de 20 días en caso de cobertura reglamentaria de la plaza y sí, en cambio, a los indefinidos no fijos (*ex* STS 28 de marzo 2017, rec. 1664/15), podría entenderse que se está produciendo un trato desigual injustificado (contrario a la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70).

Por otra parte, esta doctrina del Tribunal Supremo que entiende que los indefinidos no fijos no son temporales entraría en contradicción con lo defendido por el TJUE al respecto, pues, debe recordarse que en el caso Huétor Vega (citado por la propia STS 28 de marzo 2017, rec. 1664/15), parte de la base de que son contratos temporales al amparo del Acuerdo Marco (de ahí que exija la adopción de una indemnización en aplicación de la cláusula 5ª).

De hecho, es muy discutible que en la STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/15), el Tribunal Supremo (siguiendo el criterio de la citada STS 7 de noviembre 2016, rec. 755/15) acuda a la doctrina del TJUE en el caso Huétor Vega para justificar la necesidad de abonar una indemnización en caso de extinción por cobertura reglamentaria de la plaza, cuando, precisamente, está defendiendo que los indefinidos no fijos ya no son temporales, pues, desde ese mismo instante, ni la citada doctrina Huétor Vega, ni la Directiva 1999/70 no

son aplicables a contratos “no temporales”. De hecho, para ser coherentes (o en puridad), el Tribunal Supremo hubiera tenido que articular una nueva fundamentación que justificara la necesidad de abonar una indemnización en este contrato no temporal en estos casos, porque la basada en la doctrina Huétor Vega no es válida en este supuesto.

Segundo: el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Afirmación que también es parcial porque una relación indefinida no fija (como se ha expuesto) también puede producirse en casos de contratación temporal lícita si se supera un determinado plazo de tiempo y también en casos de subrogación de empresa (reversión de servicios públicos⁴¹). Luego, aunque la institución tiene su origen en la contratación temporal ilícita, su evolución ha derivado hacia otros supuestos alejados de la misma.

Tercero: el Tribunal Supremo afirma que *“al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49.1.c) del ET, 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 como hemos venido haciendo”*.

Criterio que también es discutible, pues (más allá de la discusión sobre el caso “de Diego Porras” que “planea” en esta discusión, pero que el Tribunal Supremo no hace explícita), convendría saber por qué (sin querer aplicar “de Diego Porras”) es necesario reforzar esta cuantía en estos casos (especialmente, cuando los indefinidos no fijos pueden no tener origen en una contratación temporal fraudulenta).

Y, cuarto: en relación a la *“indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza”*, el Tribunal Supremo entiende que *“acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1.b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato”*. Criterio que también

⁴¹ Con la salvedad de lo que, finalmente, deba entenderse a partir de la DA 26ª LPGE'17

plantea algunas dudas, pues, no se especifica porqué la cobertura reglamentaria de la plaza (incardinada en una causa de temporalidad –hasta la fecha– indiscutible), puede subsumirse en la lógica de la resolución por causas de empresa y afirmar que es “asimilable”.

En cualquier caso, esta doctrina ha sido ratificada por el propio Tribunal Supremo en diversas ocasiones⁴² y ampliamente acogida en suplicación⁴³. El problema, no obstante, se está planteando cuando algunos Tribunales Superiores de Justicia también están aplicando la doctrina STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/15) a extinciones de interinos (recuérdese, temporales) por cobertura reglamentaria de plaza⁴⁴.

5. Artículo 96.2 EBEP, indefinidos no fijos y Diego Porras: la cuestión prejudicial del JS/2 de Terrassa

En la medida que, como se sabe, el TJUE en el caso “de Diego Porras” ha afirmado que, a los efectos de la Directiva 1999/70, la indemnización en caso de extinción debe ser calificada como una “condición de trabajo”, se ha planteado si el reconocimiento del derecho de readmisión a los trabajadores fijos *ex* artículo 96.2 EBEP es contrario o no al principio de no discriminación que prevé la Cláusula 4ª con respecto a los indefinidos no fijos y temporales. En efecto, el JS núm. 2 de Terrassa, en un supuesto de despido disciplinario improcedente de un indefinido no fijo, ha formulado una cuestión prejudicial ante el TJUE (auto 26 de enero 2017 –en DOUE 15/5/17).

En esencia, a la estela de la fundamentación del caso “de Diego Porras”, entiende que “*el tratamiento legal de un despido disciplinario que establece el art. 96.2 EBEP es una condición de trabajo en el sentido de la Cláusula 4 punto 1*” de la Directiva 1999/70. *Lo que lleva a cuestionar si “la diversa forma en que el ordenamiento jurídico responde ante un despido disciplinario improcedente en el ámbito de aplicación del TRLEBEP supone una discriminación (o desigualdad no justificada) en los términos de la Cláusula 4 apartado 1 de la Directiva o artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.*

⁴² STS 19/07/17 (rec. 4041/15); 9 y 12/05/17 (rec. 1806/15; y 1717/15). No obstante, la STS 30/03/17 (rec. 961/15), de fecha posterior al cambio de doctrina, pero probablemente deliberada con anterioridad, mantendrá su carácter temporal.

⁴³ STSJ Madrid 24/04/17 (rec. 109/17); 14, 16 y 19/06/17 (rec. 452/17; 350/17; y 420/17); y 7, 10, 19 y (2) 20/07/17 (rec. 401/17; 525/17; 344/17; 486/17; y 563/17); 15 y 22/09/17 (rec. 519/17; y 553/17); País Vasco 20/06/17 (rec. 1221/17).

⁴⁴ STSJ CLM 12/07/17 (rec. 623/17); y CyL\Burgos 31/05/17 (rec. 327/17).

Más allá de la discusión fundamental sobre si la readmisión puede ser calificada como una “condición de trabajo” o no (aspecto sobre el que no puedo detenerme), la particularidad del caso también radica en el hecho de que se parte de la base de que los indefinidos no fijos son contratos temporales (de hecho, como se ha expuesto, así lo había manifestado el TJUE en el caso “Huétor Vega”). En cambio, como se acaba de describir, a partir de marzo de 2017, el Tribunal Supremo está manteniendo que son “no temporales”. Sin duda, se trata de una cuestión relevante, pues, si el criterio interpretativo del Tribunal Supremo acaba predominando, automáticamente, la cuestión prejudicial no tendría sentido en el marco de la Directiva 1999/70. No obstante, es posible que, teniendo en cuenta lo apuntado en el caso “Huétor Vega”, no sea sencillo que el TJUE cambie de criterio sobre la naturaleza temporal de esta figura. Y para el caso de que finalmente no lo haga (y, con independencia de lo que dictamine en cuanto a si la readmisión es o no una “condición de trabajo”), se plantearía la duda de si el Tribunal Supremo tendría que replantear su doctrina sobre los indefinidos no fijos o no (debiéndolos calificar de nuevo como temporales).

6. Trabajadores indefinidos no fijos en la jurisdicción C-A

La Cláusula 5ª de la Directiva 1999/70 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. Pues bien, sobre esta cláusula, el TJUE, en fecha 14 de septiembre 2016, dictó, junto al famoso caso “de Diego Porras”, dos sentencias más: casos C-184/15 y C-197/15, Asuntos acumulados, “Martínez Andrés” y “Castrejana López”; y C-16/15, Asunto “Pérez López”.

En concreto, en este último caso (relativo a personal estatutario temporal eventual –enfermera– con relación de servicio vigente) el TJUE afirma que *“no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo”*.

Y en los asuntos acumulados “Martínez Andrés” y “Castrejana López” (respectivamente sobre personal estatutario temporal eventual –auxiliar administrativo–; y un funcionario interino –arquitecto– y relaciones de servicio extinguidas), en esencia, dictamina lo siguiente:

Primero. En la medida en que *“no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco”*.

Concluyendo que la Directiva *“se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo 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 este sentido, creo que es importante reparar en el fragmento resaltado, porque, en los términos en los que está desarrollado en la propia sentencia, se aleja sustancialmente de los efectos jurídicos prototípicos derivados de la declaración de un trabajador indefinido no fijo.

Segundo. A la luz del principio de efectividad del Acuerdo Marco, el mismo *“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”*,

Como aspecto a destacar repárese en el efecto “equiparador” entre contratos “de duración determinada” por aplicación de las medidas destinadas a evitar su utilización abusiva (Cláusula 5ª del Acuerdo Marco)⁴⁵.

La pregunta principal que plantean los Asuntos “Martínez Andrés” y “Castrejana López” es si la calificación de indefinido no fijo incluye un derecho previo a la readmisión en caso de extinción previa o no (que sería ciertamente discutible a la luz de la doctrina jurisprudencial social). En efecto, el tribunal remitente habla de la *“obligación de*

⁴⁵ Especialmente porque en la sentencia “de Diego Porras”, en cambio, el TJUE niega que la prohibición de discriminación (Cláusula 4ª) sea aplicable cuando se comparan dos contratos temporales (porque queda fuera del ámbito de aplicación de la propia Directiva).

reincorporación” y, posteriormente, el TJUE emplea la expresión “*mantenimiento en su puesto de trabajo/relación de servicio*”⁴⁶.

La interpretación que lleva a cabo la Sala C-A del TSJ País Vasco al formular la cuestión prejudicial (refiriéndose la “jurisprudencia consolidada” del orden social) es muy discutible, pues, hasta la fecha, en ningún caso, los Tribunales Sociales han declarado que, si se produce una extinción, la readmisión sea un efecto prototípico previo de la declaración de indefinidos no fijos (salvo que, obviamente, forme parte de un despido colectivo y sea calificada de nula –que no es el caso).

Lo que en estos casos se ha establecido, en cambio, es que la extinción es injustificada y, por consiguiente, debe abonarse la indemnización establecida para el despido improcedente⁴⁷. De modo que, si se pretendía equiparar la respuesta a la prevista en la jurisdicción social, parece que lo lógico hubiera sido que, dado que se ha producido una extinción, únicamente se le hubiera reconocido el derecho a una indemnización por despido improcedente. En cambio, el TSJ C-A del País Vasco, al formular la cuestión prejudicial, ha inducido al TJUE a sostener una interpretación de la doctrina del orden jurisdiccional social que no se ajusta a su formulación originaria. En definitiva, a resultas de esta interpretación del TJUE, y mientras no se plantee un nuevo marco normativo, podría entenderse que existe un concepto de indefinido no fijo del ámbito contencioso-

⁴⁶ En la misma Sentencia del TJUE (apartados 27 y 28) se recoge que el Tribunal remitente señala que “27. *No obstante, dado que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo sólo se pronuncia en litigios relativos a funcionarios de carrera, no existe una jurisprudencia uniforme en relación con el personal estatutario temporal o con los funcionarios interinos. En efecto, aunque algunos tribunales niegan con carácter general la posibilidad de asimilar el personal estatutario temporal o los funcionarios interinos a los trabajadores indefinidos no fijos, existen otros supuestos en los que los efectos de la extinción de tal relación de servicio temporal han podido asimilarse a los resultantes de la extinción de una relación laboral indefinida no fija, en particular respecto de la obligación de reincorporación*”.

“28. *En consecuencia, el tribunal remitente se plantea la conformidad con los requisitos establecidos por la Directiva 1999/70 de una norma nacional, o de la práctica de los tribunales nacionales, que no reconozca ni al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos el derecho al mantenimiento de su relación de servicio, mientras que este derecho se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos*”.

Y, posteriormente, el TJUE –ya en el desarrollo de su propia fundamentación– afirma (apartado 46) “[s]obre este particular, el tribunal remitente estima que existe una medida eficaz contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo”.

⁴⁷ De hecho, debe recordarse que son los trabajadores “fijos” *ex* EBEP, los que tienen un derecho a la readmisión en caso de que se declare “*improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave*” (artículo 96.2 del EBEP). Aspecto sobre el que pende una cuestión prejudicial formulada por el JS/2 Terrassa.

administrativo distinto al del social, pues, en el primero, se estaría reconociendo un derecho a la reincorporación en caso de extinción y en el segundo no.

De hecho, los Tribunales, en los supuestos en los que la relación no se ha extinguido, la doctrina contencioso-administrativa está manteniendo, con “denominaciones” dispares, el carácter indefinido sin fijeza de las relaciones (lo que plantea si se está declarando de forma equiparable a su formulación en la jurisdicción social, especialmente porque los “indefinidos no fijos” han dejado de calificarse como “temporales”). Así, la STSJ\C-A Andalucía\Sevilla 30 de septiembre 2016 (rec. 250/15) que resuelve la solicitud de una trabajadora sanitaria eventual del sector público (auxiliar administrativa) dirigida a que se reconozca “la condición de personal estatutario indefinido”, siguiendo la doctrina del Asunto “Pérez López” (C-16/15), declara su condición de interina “*hasta en tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y a los derechos inherentes a esa posición y sin perjuicio de las facultades [amortización] que correspondan a la Administración al respecto*”. La SJC-A Vigo núm. 2 de 19 de septiembre 2016 (rec. 281/16), por su parte, sin citar la doctrina reciente del TJUE, fija que el nombramiento como personal estatutario eventual de 9 trabajadoras (cuya relación no ha sido extinguida), dado su carácter fraudulento, debe ser declarado como “*personal indefinido no fijo (...) asimilado al personal interino a efectos de cobertura del puesto*”.

Repárese que 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, por otro lado, la que se ha referido a la posible “amortización”, tampoco especifica si (como ha concretado la jurisdicción social) puede ser “simple” o no.

Por otra parte, con anterioridad a septiembre de 2016, la STSJ\C-A CLM 31 de marzo 2014 (rec. 371/12) habla de “indefinido temporal”, asimilándose en cuanto a la forma de extinción a los contratos de interinidad; y la STSJ\C-A Galicia 20 de abril 2016 (rec. 528/15) también se refiere a “*relaciones jurídicas de personal indefinidas temporales*”⁴⁸. Y, en los casos en los que se ha producido el cese de la relación, los Tribunales explícitamente se han referido a la continuidad en forma de “indefinidos no fijos”⁴⁹; y, en

⁴⁸ Doctrina que el TSJ\C-A de Galicia ha reiterado en otros pronunciamientos posteriores: sentencias 21/03/17 (rec. 395/16); 1/02/17 (rec. 320/16). De hecho, la jurisdicción social también ha acudido a la doctrina “Pérez López” para declarar el carácter abusivo de una sucesión de contratos temporales lícitos de interinidad (laboral) en un centro hospitalario: STSJ\Social Cataluña 2/05/17 (rec. 7411/16).

⁴⁹ SSTSJ\C-A País Vasco (2) 12/12/16, que respectivamente resuelven el Asunto “Castrejana López” (rec. 735/13); y Asunto “Martínez Andrés” (rec. 635/13). Y, en relación con este segundo caso, se ha admitido a trámite el recurso de casación (ATS\C-A 30/05/17, rec. 785/17)

otros supuestos⁵⁰, constatado el carácter abusivo del nombramiento, simplemente se ha declarado el reintegro (sin especificar la naturaleza del mismo) y la previsión de un abono económico por el tiempo que se ha permanecido inactivo⁵¹.

Finalmente, para complementar esta breve aproximación debe tenerse en cuenta dos elementos más (de distinta consideración). Por un lado, que los Tribunales contencioso-administrativo también han mostrado sus reservas a la aplicación de estos planteamientos interpretativos del TJUE. Por ejemplo, la STSJ\C-A Madrid 7 de octubre 2016 (rec. 82/2016), refiriéndose a la doctrina comunitaria como “*recomendaciones orientativas ofrecidas por el Tribunal de la Unión Europea*”, niega la petición de un ATS con contrato estatutario eventual de que su relación extinguida sea calificada como interina (con cargo a vacante hasta que fuera ocupada por personal fijo) 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*”. Y, por otros motivos, la STSJ\C-A Galicia 1 de febrero 2017 (rec. 337/16) entiende que no debe aplicarse la “Castrejana López” porque (en un caso de cese en diciembre de 2015 de una arquitecta funcionaria interna del Concello de A Coruña nombrada tras el oportuno proceso selectivo en abril 2009) “*no se aprecian los abusos en la contratación que trata de afrontar dicha sentencia comunitaria*”⁵².

Finalmente, para concluir con la descripción de este escenario particularmente complejo, debe tenerse en cuenta que se ha admitido a trámite (ATS\C-A 30 de mayo 2017, rec. 785/2017) el recurso de casación a la STSJ\C-A País Vasco 12 de diciembre 2016 (rec. 635/13), en el caso “Martínez Andrés”. En concreto, se indica que las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

“1ª. Si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-

⁵⁰ SSTSJ\C-A Galicia 7 y (2) 14/06/17 (rec. 71/17; 72/17 y 92/17).

⁵¹ La SJC-A núm. 2 A Coruña 30/12/16 (rec. 139/16), una vez constatado el carácter abusivo de los sucesivos nombramientos de una funcionaria interina, también declara la nulidad del cese y la “readmisión”.

⁵² En términos similares, en relación con la doctrina Pérez López, STSJ C-A Galicia 11/10/17 (rec. 203/17). Por otro lado, también es relevante reparar que, en el ámbito universitario, recientemente, las STS\Social 1 y 22/06/17 (rec. 2890/15 y 3047/15) siguiendo el planteamiento de las doctrinas del TJUE “Pérez López” citada y “Márquez Samohano” (sentencia 13/03/14, C-190/13), y que también gravita sobre el contenido de la Cláusula 5ª) han dictaminado que una sucesión de contratos de profesores asociados debe ser calificada como abusiva porque no estaban ligadas a los objetivos propios de la contratación utilizada y por atender a necesidades permanentes de la Universidad.

197/15), la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal.

2ª. Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento”.

De modo que habrá que permanecer a la expectativa de esta resolución del Tribunal Supremo.

7. Valoración final

A la luz de todo lo expuesto, es claro que el nivel de incertidumbre existente en relación con naturaleza jurídica de los indefinidos no fijos (e interinos por vacante) y de su régimen extintivo es muy superior al que sería deseable.

Aunque la intervención del TJUE, resolviendo las diversas cuestiones prejudiciales pendientes, puede tener una influencia destacada y, por lo tanto, podría justificar temporalmente la inhibición legislativa, lo cierto es que, con independencia de lo que finalmente pueda dictaminar, la descripción efectuada en estas páginas evidencia los graves problemas del marco normativo del empleo público y la necesidad de un replanteamiento legal en profundidad.

8. Bibliografía

ARENAS VIRUEZ, Margarita, “Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza”, *Temas Laborales*, nº 129, 2015, p. 133-182.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Crítica a la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo en el caso Diego Porras: luces y sombras”, *Revista de Derecho VLex*, nº 162, 2017.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Extinción contractual de promotores de empleo del Servicio Andaluz de Empleo: ¿Posible resolución por ‘factum principis’?”, *Blog del Autor*, 2015 (disponible en; <http://ignasibeltran.com/2016/10/03/extincion-contractual-de-promotores-de-empleo-del-servicio-andaluz-de-empleo-posible-resolucion-por-factum-principis/>) (última consulta 2017/11/07).

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Reestructuración de plantilla por amortización simple de indefinidos no fijos e interinos por vacante: objeciones a una opción jurisprudencialmente abortada y (eventual) responsabilidad de la administración de justicia (por el cambio de doctrina)”, en GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel (Coord.), *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, CARL, Sevilla, 2015, p. 471-488.

DE SOTO RIOJA, Sebastián, “Los despidos colectivos en el ámbito del sector público. Balance de aplicación tras ‘casi’ tres años desde su reforma”, en GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel (Coord.), *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, CARL, Sevilla, 2015, p. 399-467.

MAURIMAJÓS, Joan, “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 43, 2017, p. 79-123.