

El fin del indefinido no fijo y la búsqueda de una nueva fórmula que evite el abuso de la temporalidad, pero también la captura del empleo público

Elena Desdentado Daroca

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia

The end of the “indefinite-non permanente employee and the search for a new formula that avoids the abuse of fixed-term work as well as the unfair capture of public employment

Sumario:

1. EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL Y EL ACUERDO MARCO SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA. 2. LAS MEDIDAS ANTIABUSO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO. 2.1. Conflicto normativo y solución jurisprudencial: el indefinido no fijo como fórmula de equilibrio. 2.2. La accidentada evolución de la doctrina del indefinido no fijo: de la condición resolutoria al término, pasando por el “tertius genus” y la desvinculación de la plaza. ¿Se ha ido desnaturalizando la doctrina original? 2.3. La aceptación de la doctrina del indefinido no fijo por el Tribunal Constitucional y, al menos al principio, aunque con más ambigüedades, por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3. EL PROBLEMA DE LAS INTERINIDADES DE LARGA DURACIÓN. NUEVA INTERVENCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ANTE EL VACÍO LEGAL. 4. LA EXIGUA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR EN LA LEY 20/2021: UNA OPORTUNIDAD DESAPROVECHADA, PERO QUIZÁS UNA VÍA PARA SALIR DEL LABERINTO. 4.1. La vía abierta por la disposición adicional 17ª del EBEP: la nulidad del contrato, con indemnización de 20 días y posible reclamación adicional por daños ante la Administración. 4.2. Y, de nuevo, los procesos de estabilización. Una medida que no frena el abuso a largo plazo y que, además, tiene un alto coste para el modelo constitucional de empleo público. 5. EL IMPACTO DE LAS SSTJUE 22.2.2024 Y 13.6.2024: CRISIS DEL INDEFINIDO NO FIJO Y DEL SISTEMA DE GARANTÍAS ESPAÑOL. 5.1. El indefinido no fijo “de larga duración”. El cazador cazado. 5.2. La STJUE de 22.2.2024: el principio del fin. 5.3. Los efectos de la

STJUE de 13.6.2024 en el empleo público temporal administrativo y laboral. 6. CONCLUSIONES Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL DEBATE.

Resumen: El abuso de la temporalidad en el empleo público, tanto laboral como administrativo, ha alcanzado niveles preocupantes en España. La cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para prevenir y sancionar estos abusos. Pero esta cláusula resulta excesivamente imprecisa. Por otra parte, en el sector público no es fácil formular estas medidas, pues hay dos intereses en conflicto: la estabilidad del empleo y el modelo constitucional de empleo público. En el orden social, la jurisprudencia ha construido la doctrina del indefinido no fijo, que pretende una solución de equilibrio entre ambos intereses. Pero esta doctrina ha fracasado porque la Administración, en muchas ocasiones, no procede en un tiempo razonable a proveer la plaza. De esta forma, el indefinido no fijo más que resolver el problema lo enquistaba. En el trabajo se estudia el origen, la evolución y la crisis de esta doctrina del indefinido no fijo en el marco de las últimas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para, finalmente, ofrecer algunas propuestas para el debate.

Palabras clave: temporalidad, abuso, indefinido no fijo, fijeza, empleo público, Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada.

Abstract: The abuse of fixed-term work in public offices, both for contracted and administrative workers, has reached a point of great concern in Spain. The 5th clause of the Framework Agreement on Fixed-Term Work forces the state to adopt any measures necessary to prevent and sanction such abuse. Yet this clause is greatly imprecise. On the other hand, it is not easy to formulate the necessary measures with public employment in mind, since there are two conflicting interests to consider: job stability and the constitutional model for public employment. In the field of labour law, judicial rulings have established the doctrine of the “indefinite non-permanent employee”, trying to offer a solution that balances these two interests. But this doctrine has failed because oftentimes the Administration does not go on to offer the right position in a reasonable period of time. Thus, instead of fixing the problem, the figure of the “indefinite non-permanent employee” perpetrates it. This paper studies the origin, evolution and crisis of this doctrine of “indefinite non-permanence”, within the framework of the latest rulings from the Court of Justice of the European Union. From this analysis, we will put forth some proposals for the current debate.

Keywords: fixed-term work, public employment, abuse, indefinite non-permanent employee, Framework Agreement on Fixed-Term Work, permanente contract.

1. EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL Y EL ACUERDO MARCO SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

El empleo público en España, y en especial el empleo público laboral, se encuentra en una situación crítica, debido principalmente al abuso de la temporalidad. Es algo conocido por todos. Y no es un problema nuevo.

Tradicionalmente, el sector público ha tenido unas tasas de temporalidad muy altas, solo ligeramente inferiores a las del sector privado, lo que resulta injustificado, teniendo en cuenta que en el sector público la incidencia de actividades temporales típicas es mucho menor a la del sector privado. En el último lustro, este desajuste no solo no se ha corregido, sino que se ha intensificado. Ya en el tercer trimestre de 2019, según el INE, la temporalidad en el sector público superó a la del sector privado, con un 27,8% frente a un 25,16%. En 2020, la temporalidad en el sector público subió aún más hasta situarse en 29,9%, para llegar al 31% en el último trimestre de 2021. De acuerdo con los últimos datos publicados por el INE, en el primer trimestre de 2024 la tasa de temporalidad en el sector privado ha bajado de forma significativa, mientras que en el sector público solo lo ha hecho ligeramente, siendo del 12,3% y del 29,5%, respectivamente.

La alta tasa de temporalidad en el sector público responde principalmente a razones presupuestarias y organizativas. Durante años, como es sabido, las leyes de presupuestos han establecido tasas de reposición de efectivos, limitando las plazas que podían incluirse en las ofertas de empleo público de las distintas Administraciones. En épocas de crisis, estas limitaciones han sido especialmente intensas. Ahora bien, estas mismas leyes admitían la contratación de personal temporal en caso de “necesidades urgentes”, lo que permitió cubrir las plazas vacantes que no podían ser ofertadas. De esta forma, la contratación temporal se convirtió en una vía recurrente para superar los límites impuestos por las leyes presupuestarias, además de tener el atractivo de ser más fácil, rápida y flexible. El problema es que esa temporalidad se terminaba perpetuando, porque, en realidad, ninguna de las partes afectadas tenía especial interés en convocar la plaza. La doctrina administrativista explica que este es el origen de una de las formas más habituales de captura de empleo público¹: los empleados, que llevan un período prolongado de tiempo con un vínculo temporal, presionan para que se regularice su situación y, al final, la presión obtiene sus frutos, bien mediante el reconocimiento de la fijeza, bien a través de procedimientos de selección más o menos *ad hoc*.

Las reclamaciones de estos colectivos tienen, sin duda, un fundamento real: las Administraciones han abusado de la contratación temporal infringiendo los límites legales establecidos, que hoy, además, responden a exigencias del Derecho de la Unión Europea plasmadas en el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, que adopta la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (en adelante, Acuerdo Marco).

Este acuerdo tiene entre sus objetivos “establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Su cláusula 5ª señala que “a efectos de prevenir los abusos

1 M. SÁNCHEZ MORÓN, “Reflexiones sobre las vinculaciones constitucionales”, *Autonomies: revista catalana de dret públic*, nº 24, 1999.

como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”, los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales” introducirán, “cuando no existan medidas legales equivalentes”, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; y c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

En su apartado segundo, la cláusula 5ª exige, además, a los Estados miembros que determinen en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán “sucesivos”, b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

El problema de esta cláusula es que resulta excesivamente imprecisa: no se concreta qué se entiende por abusos, ni qué medidas legales se consideran “equivalentes”. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fijado algunos criterios interpretativos, aunque lo cierto es que su doctrina no siempre ha aportado la claridad necesaria. Nos limitaremos ahora a resumir brevemente las líneas generales de esta doctrina.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha aclarado que el Acuerdo Marco es aplicable a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público².

A la hora de determinar si existe o no abuso de la temporalidad, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el término “utilización sucesiva” o “relaciones sucesivas” no debe interpretarse de forma restrictiva, incluyendo solo lo supuestos en que se suceden varios contratos, sino que también deben considerarse incluidos los casos en los que hay una relación constante o continuada, aunque derive de un mismo contrato³. Partiendo de esta premisa, corresponde a los tribunales nacionales valorar las circunstancias concurrentes para determinar si existe o no abuso. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha precisado que la larga duración de la relación o la reiteración de contratos temporales no son, en sí mismos, constitutivos de abuso, pues pueden responder a necesidades realmente temporales, pero sí constituyen indicios de una actividad abusiva por parte del empleador, que habrá que tomar en consideración valorando el resto de las circunstancias concurrentes.

Respecto a la prevención del abuso y sus consecuencias, el Tribunal de Justicia reconoce que el Acuerdo Marco no establece sanciones específicas para los casos de abuso que deban ser aplicadas por los Estados. Pero el efecto útil de la Directiva les obliga a introducir algún tipo de medida eficaz en su legislación y a aplicarla

2 STJUE 4.7.2006, asunto Adeneler (C-212/04).

3 SSTJUE 19.3.2020, C-103/18 y C-429/18 (Sánchez Ruiz y otros) y 11.2.2021, C-760/18 (Topikis Aftodioikisis).

debidamente⁴. Estas medidas deben ser proporcionadas, efectivas y disuasorias⁵; además, no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia), ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)⁶.

En relación con esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que una normativa nacional que, en los casos de abuso, impone la conversión del contrato indefinido cuando el empresario es privado, pero no admite tal consecuencia cuando el empresario es público, no se opone, en principio, a la Directiva⁷. Ahora bien, en estos casos el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en relación con el sector público, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada⁸.

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara que la cláusula 5ª del Acuerdo Marco no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional. Esta cláusula no exime al juez o tribunal nacional de aplicar una norma de Derecho interno que le sea contraria. No obstante, hay que tener en cuenta que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288.3 TFUE. Este principio de interpretación conforme, sin embargo, tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional⁹.

2. LAS MEDIDAS ANTIABUSO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

2.1. Conflicto normativo y solución jurisprudencial: el indefinido no fijo como fórmula de equilibrio

Para evitar el abuso de la contratación temporal, el legislador laboral establece una serie de medidas: causas tasadas de temporalidad, duraciones máximas de los contratos, límites a su encadenamiento y, con carácter general, indemnización por cese. Pero,

4 SSTJUE 4.7.2006, C-212/04 (Adelener) y 11.2.2021, C-760/18 (Topikis Aftodioikisis).

5 STJUE 25.10.2018, C-331/17 (Sciotto), apartado 64 y sentencias ahí citadas.

6 STJUE 7.3.2018, C-494/16 (Santoro) y sentencias citadas.

7 SSTJUE 7.3.2018, C-494/16 (Santoro); 7.9.2006, C 53/04 (Marrosu y Sardino).

8 STJUE 7.9.2006, C-53/04 (Marrosu y Sardino), apartado 49.

9 STJUE 19.3.2020, C-103/18 y C-429/18 (Sánchez Ruiz y otros) y sentencias citadas.

sin duda, la medida más importante contra los abusos es aquella en virtud de la cual los contratos temporales en fraude de ley determinan su conversión en indefinidos.

En el empleo público laboral, sin embargo, surge un grave problema a la hora de aplicar este régimen: la medida antiabuso más importante, la conversión del contrato en indefinido, plantea un conflicto entre la norma laboral que la dispone (el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores) y las normas constitucionales y administrativas sobre el acceso al empleo público de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Tras ciertas oscilaciones¹⁰, la jurisprudencia del orden social terminó resolviendo este conflicto normativo con la figura del indefinido no fijo: el trabajador se califica como “indefinido”, pero no adquiere la “fijeza”, aunque tiene derecho a mantener la relación laboral hasta que se cubra la plaza por los procedimientos reglamentarios. Esta doctrina surge con la STS 7.10.1996¹¹, aunque su alcance se precisa después por la STS en Pleno 20.1.1998¹². En esta última sentencia, se explica que el conflicto normativo que se produce en esta materia debe ser objeto “de una interpretación integradora en ocasiones difícil, ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios”. El ordenamiento laboral “parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaleciendo de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada”; mientras que “el ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales”. De esta forma, dice el Tribunal Supremo, “mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral”. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva, concluye, “debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan”.

10 Sobre la jurisprudencia, anterior, vid M. GODINO REYES, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo, Albacete, 2021; T. SALA FRANCO, “Acerca de la extinción de la relación laboral especial del personal laboral de las Administraciones Públicas”, *Trabajo y Derecho*, nº 42, 2018.

11 R. 307/1995. Ponente, Antonio Martín Valverde.

12 R. 317/1997. Ponente, Aurelio Desdentado Bonete.

Hay que aclarar que no se trata de un contrato que puedan suscribir las Administraciones Públicas con el trabajador, lo que abriría la puerta a todo tipo de abusos. Se trata, simplemente, de un efecto de la contratación abusiva: el trabajador mantiene el vínculo laboral, pero este finalizará válidamente cuando el puesto se cubra de acuerdo con el procedimiento reglamentario o se amortice.

2.2. La accidentada evolución de la doctrina del indefinido no fijo: de la condición resolutoria al término, pasando por el “tertius genus” y la desvinculación de la plaza. ¿Se ha ido desnaturalizando la doctrina original?

La doctrina del indefinido no fijo se ha mantenido, aunque ha ido evolucionando con los años, a veces de forma contradictoria.

En un principio, se calificó como relación sometida a condición resolutoria, lo que llevó a entender que el cese por cobertura o amortización de la plaza se podía acordar directamente y sin indemnización¹³.

Este primer criterio fue corregido a partir de la STS^{4ª} 24.6.2014¹⁴, dictada en el caso Universidad Politécnica de Madrid, que califica la relación del indefinido no fijo como relación temporal sometida a término. El nuevo criterio coincidía con el mantenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵ y ofrecía una solución más razonable: en caso de cese por cobertura de la plaza, la extinción se produce por cumplimiento del término con derecho a la indemnización propia de los contratos temporales; para la extinción sobrevenida por amortización de la plaza debe aplicarse el régimen del despido objetivo o, en su caso, colectivo.

La doctrina del indefinido no fijo, así depurada, parecía clara. Pero en los años siguientes se han introducido algunos cambios que han supuesto importantes fisuras en la doctrina original.

La primera ruptura se produce con la STS 28.3.2017¹⁶, dictada en el caso CSIC, en la que se defiende que, en los supuestos de cese por cobertura de la plaza, el indefinido no fijo debe tener derecho a una indemnización superior a la prevista, con carácter general, para los contratos temporales. Y eso es así, para la sentencia, porque, en realidad, el indefinido no fijo no es un trabajador temporal sino un “tertius genus”, que se encuentra entre el fijo y el temporal. Esta afirmación se fundamenta en los arts. 8 y 11 del EBEP, pues la sentencia entiende que con el término “indefinidos” estos preceptos se están refiriendo al indefinido no fijo como un tipo de personal distinto

13 STS 22.7.2013, r. 1380/2012.

14 R. 217/2013.

15 ATJUE 14.11.2014, C-86/14 (caso Ayuntamiento de Huétor Vega) y STJUE 25.7.2018, C. 96/17 (caso Vernaza Ayovi).

16 R. 1664/2015.

al temporal y al fijo. Esta afirmación no puede, sin embargo, admitirse porque, como el propio Tribunal Supremo había aclarado en su sentencia 22.7.2013¹⁷, la mención legal al “indefinido” se hace exclusivamente en referencia a los profesores de religión, y, además, el indefinido no fijo es una patología, no una modalidad contractual legal. No obstante, partiendo de esa premisa, la sentencia descarta, en el supuesto de cese por cobertura de la plaza, la indemnización prevista en el art. 49.1.c) del ET y aplica, por analogía, la indemnización propia del despido objetivo. En definitiva, se quiere excluir la indemnización de 12 días para aplicar la de 20 días, porque, como apunta la sentencia, “no debemos olvidar que el origen de la figura del indefinido no fijo es precisamente un uso abusivo de la contratación temporal”, por lo que “resulta necesario reforzar la indemnización” y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales lícitos. Este último razonamiento tiene mayor interés, especialmente al hilo de las últimas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que insisten en la necesidad de adoptar medidas que eviten los abusos en la contratación temporal y reparen de forma efectiva sus consecuencias. Volveremos después sobre ello.

Esta nueva construcción, que distingue entre trabajador temporal e indefinido no fijo, se lleva a sus últimas consecuencias con la sentencia 2.4.2018 del caso Amaya¹⁸, en un supuesto que ya no trata de la extinción de la relación sino del derecho a participar en un concurso de promoción interna. De acuerdo con esta sentencia, el indefinido no fijo solo se diferencia del personal fijo en que la pervivencia de su contrato está condicionada a la cobertura de la plaza; en todo lo demás debe ser tratado de forma igual. Y, en este sentido, se afirma que “a diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante, pensamos que en el indefinido no fijo la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto”. En estos casos, el indefinido no fijo debe poder concurrir a procesos de promoción profesional que impliquen cambio de puesto, aunque dicho cambio “no lo convertirá en fijo”. En el caso planteado, el convenio colectivo no limitaba expresamente al personal fijo el derecho a participar en el concurso, por lo que el Tribunal Supremo entendió que una interpretación del convenio conforme al art. 14 de la Constitución exigía reconocer ese derecho a los indefinidos no fijos que no estuvieran formalmente vinculados a una plaza, aunque “conservando dicha condición en el nuevo destino y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno Derecho”.

Es esta última sentencia, sin duda, la que ha producido la mayor ruptura con la doctrina fundacional del indefinido no fijo. De acuerdo con esa doctrina, el indefinido no fijo debe estar vinculado a la plaza¹⁹, que ha de cubrirse conforme al procedimien-

17 STS 2.4.2018, r. 1380/2012.

18 R. 27/2017.

19 Es posible que el trabajador no cubra formalmente una plaza, pero materialmente sí lo hace. La sentencia que declara al trabajador como indefinido no fijo obliga a la Administración a crear esa plaza o a amortizar directamente el puesto (A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, *Información Laboral*, nº 10, 2018).

to reglamentario, momento en que la relación del indefinido no fijo se extinguirá. En eso consiste precisamente su esencia: el indefinido no fijo se mantiene en el puesto, pero solo hasta que la Administración cubra o amortice la plaza que ocupa; si la plaza se cubre por un tercero o se amortiza, la Administración deberá proceder al cese del indefinido no fijo (nótese que el cese no es una opción para la Administración, sino una consecuencia obligada). Es precisamente la vinculación a la plaza el elemento que garantiza que el indefinido no fijo no acceda definitivamente a un empleo público sin superar un proceso selectivo conforme a los principios constitucionales.

El criterio de la sentencia Amaya abre una grave fisura en la doctrina del indefinido no fijo, que, como vimos, tiene como objetivo proteger el modelo constitucional de empleo público. No obstante, parece que la Sala IV del Tribunal Supremo ha matizado ese criterio en las STS 29.3.2022 y 17.4.2024²⁰, donde se acepta que el convenio colectivo puede excluir a los indefinidos no fijos del derecho a participar en concursos de promoción interna. Estas sentencias, sin embargo, no rompen expresamente con la doctrina Amaya, pues consideran que las circunstancias concurrentes son diferentes: 1º) en primer lugar, porque en la sentencia Amaya el convenio colectivo no limitaba expresamente la participación en los concursos de promoción al personal fijo, mientras que sí lo hacen los convenios aplicables en los supuestos en ellas planteados; 2º) en segundo lugar, porque, además, en la sentencia Amaya el ámbito de aplicación del concurso era una agencia pública, mientras que en estas sentencias se extiende a toda la administración autonómica. A estos argumentos, poco concluyentes, se añaden dos que sí resultan decisivos y que, a mi juicio, implican, aunque no se reconozca, la ruptura con la doctrina Amaya: 1º) se afirma que “una cosa es la promoción profesional, que es un derecho concedido legalmente (art. 4.2b ET), que ancla sus raíces en la propia constitución (artículo 35) y que se predica de todos los trabajadores, lo que incluye a fijos, indefinidos no fijos y temporales; y otra muy distinta el derecho a participar en un concurso de traslados de puestos de trabajo”; 2) por otra parte, se considera que el convenio colectivo, al limitar el concurso al personal fijo, no vulnera el principio de igualdad, pues los trabajadores fijos y los indefinidos no fijos “no son situaciones equiparables”, ya que estos últimos, a diferencia de aquellos, están prestando servicios en el ámbito público sin haber ingresado a través de un procedimiento en el que se hayan garantizado los principios de igualdad, capacidad y mérito, tal como exigen expresamente los arts. 23.2 y 103.3 CE.

Matizado, sino anulado expresamente, el criterio de la sentencia Amaya, la doctrina del indefinido no fijo parece volver a sus orígenes en lo sustancial, por lo que podemos concluir que no se ha desnaturalizado, a pesar de ciertos cambios importantes. El indefinido no fijo es un trabajador temporal, con un contrato a término, aunque, por su origen “patológico”, se aplica, en caso de cese por cobertura de la plaza²¹, una

20 Recursos 109/2020 y 853/2021, respectivamente.

21 Para que se produzca el cese por cobertura de la vacante que ocupa el indefinido no fijo, eso sí, es necesario que la convocatoria haya identificado correctamente la plaza. Vid. STS 2.2.22017, r. 53/2015.

indemnización superior a la prevista con carácter general para los contratos temporales, que, por analogía, es la establecida para el despido objetivo (20 días/tope 12 meses)²². Si el cese se produce por amortización de la plaza, procede la aplicación completa del régimen del despido objetivo o, en su caso, colectivo.

La doctrina del indefinido no fijo se aplica también a las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª del EBEP²³. Además, el Tribunal Supremo ha aclarado que la superación de un proceso de selección en el empleo público temporal no es suficiente para poder aplicar la norma laboral de la conversión en personal fijo²⁴. La conversión solo se ha admitido en casos muy excepcionales, en los que el trabajador había superado pruebas selectivas para la contratación como personal fijo²⁵.

2.3. La aceptación de la doctrina del indefinido no fijo por el Tribunal Constitucional y, al menos al principio, aunque con más ambigüedades, por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La doctrina del indefinido no fijo fue respaldada por el propio Tribunal Constitucional en su auto 124/2009, que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4434/2008, presentada por el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid. El Juzgado argumentaba que esa doctrina permite “la declaración de laboralidad y del carácter indefinido (sin fijeza en plantilla) de la relación contractual, pese a que los demandantes no fueron objeto de selección a través de los procedimientos reglados que garantizan los principios constitucionales consagrados en los arts. 14, 23.2 y 103 CE”. El juez consideraba que, frente a ello, “lo procedente sería declarar la nulidad de la contratación, sin perjuicio del abono de los salarios devengados (art. 9.2 LET) y de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios”.

En su respuesta, el Tribunal Constitucional parece considerar admisible cualquiera de las dos fórmulas: el indefinido no fijo o la nulidad del contrato. Así, comienza admitiendo que las irregularidades en la contratación deben tener “un alcance distinto en el sector privado y en el sector público”, pues “la contratación de personal laboral

22 Se acepta también la posibilidad del “indefinido no fijo discontinuo” (SSTS 2.7.2021, r. 73/2020 y 27.10.2021, r. 3658/2018, entre otras). Un supuesto especial es aquel en el que el indefinido no fijo ocupa una plaza funcional, que se termina cubriendo con un funcionario. En tal caso, el cese “por cobertura de la plaza” no equivale al cumplimiento del término. Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET. Vid SSTS 7.7.2015 (r. 2598/2014), 9.6.2016 (r. 25/2015), 13.12.2016 (r. 2059/2015) y 16.7.2010 (r. 361/2018).

23 La STS del Pleno 18.6.2020, r. 1911/2018 (caso AENA), con voto particular, fijó esta doctrina, que fue consolidada por numerosas sentencias posteriores (SSTS 2.7.2021, r. 1906/2018 y 6.7.2021, r. 2746/2019, entre otras).

24 La SSTS 24.11.2021 (r. 4280/2020) y 25.11.2021 (r. 3951/2019).

25 STS 16/11/2021, r. 3245/2019.

para la Administración pública no puede verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares”. Esto es así porque “tal carácter de Administración pública es por sí mismo factor de diferenciación relevante, en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales”. Y, en este sentido, se precisa que “los abusos y fraudes en la contratación en la empresa privada en general perjudican al trabajador en su derecho a la estabilidad en el empleo, y benefician al empleador al permitirle una precariedad en el empleo contraria a la Ley”; pero, en el sector público “existe además un interés general relevante, y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado en cuanto que la irregularidad puede ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad”. Por esa razón, concluye el Tribunal, “los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios, para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad”.

Dicho esto, el Tribunal Constitucional considera que la doctrina del indefinido no fijo trata, precisamente, de evitar esos efectos. También podrían evitarse con otras fórmulas, como la que propone el Juzgado de lo Social, pero afirma que “la doctrina que se discute toma en consideración los principios constitucionales, represente o no el óptimo constitucional en su aseguramiento”²⁶. Lo importante, para el Tribunal Constitucional, es que, en todo caso, esa doctrina “impide que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución”. Reténgase esto último, sobre lo que después volveremos.

La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido más ambigua. En un principio, entendió que la doctrina del indefinido era una “sanción ineficaz” contra la contratación temporal abusiva. Lo hizo en la sentencia de 11 de diciembre de 2014, en el caso Ayuntamiento Huétor Vega²⁷, pero hay que tener en cuenta que en esta sentencia lo que se cuestionaba era el hecho de que, de acuerdo con la primera

26 Se cita, en este punto, las SSTC 45/2004, 47/2005, 11/2006 y 404/2006. Sobre esta cuestión, la sentencia añade que “incluso si la interpretación alternativa que el órgano judicial enuncia (nulidad de la contratación) fuera la que mejor salvaguardase los valores constitucionales comprometidos, resultaría pertinente recordar que son posibles interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria distintas de otras que, acaso, hubieran respondido más plenamente a tales valores, pues una cosa es la necesidad de respeto de los derechos fundamentales, cuya garantía nos está encomendada, y otra, muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de la interpretación de la legalidad. Esto último puede no ocurrir, sin que ello implique necesariamente la vulneración de un derecho fundamental (STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4) o la de los preceptos constitucionales que plasman principios informadores de la actuación de los poderes públicos (AATC 11/2006, de 17 de enero, y 404/2006, de 8 de noviembre)”.

27 C-86/14.

versión de esa doctrina, el trabajador no tuviera derecho a una indemnización en caso de amortización de la plaza. Ese criterio, sin embargo, se había corregido meses antes por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de junio de 2014. No era, pues, un pronunciamiento definitivo.

De hecho, posteriormente, ya con la doctrina del indefinido no fijo corregida, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pareció aceptar su adecuación a las exigencias del Acuerdo Marco, aunque hay que advertir que las afirmaciones, como muchas de las que hace este tribunal, no son en absoluto concluyentes. Así, en el apartado 53 de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, en los asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López²⁸, se señala que “en la medida en que en los litigios principales 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”, idea que se reitera en el apartado 73 de la STJUE de 3 de junio de 2021, en el asunto IMIDRA²⁹.

En todo caso, veremos después que, a la vista de los abusos que, a su vez, se han producido en la figura del indefinido no fijo, la opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a esta doctrina jurisprudencial puede haber cambiado (STJUE de 22 de febrero 2024)³⁰.

3. EL PROBLEMA DE LAS INTERINIDADES DE LARGA DURACIÓN. NUEVA INTERVENCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ANTE EL VACÍO LEGAL

Los contratos de interinidad en el ámbito laboral (hoy llamados contratos de sustitución) tienen dos características especiales que han generado problemas específicos.

La primera circunstancia especial que hay que destacar es que, en caso de cese del contrato por cumplimiento del término (regreso del trabajador sustituido o cobertura de la vacante), el interino, conforme a lo dispuesto en el art. 49.1.c) del ET, no tiene derecho a indemnización. Se trata de una opción legislativa cuestionable, aunque se ha mantenido tras la última reforma laboral³¹. En todo caso, esa opción

28 C-184/15 y C-197/15

29 C-726/19

30 Asuntos acumulados C59/22, C110/22 y C159/22.

31 A mi juicio, no es razonable equiparar, a estos efectos, la interinidad por sustitución y la interinidad por vacante. No hay que olvidar que en la interinidad por sustitución lo que se está protegiendo es el interés del trabajador sustituido a volver a su puesto de trabajo, mientras que en la interinidad por vacante

legislativa no es contraria al Acuerdo Marco (STJUE 21.11.2018 —caso Diego Porras 2³²— y STS 13.3.2019³³). Y, además, una cuestión ajena al posible abuso que puede darse en la contratación de interinos, que tiene una de sus principales causas en la segunda circunstancia especial que reúne este contrato y que pasamos a comentar.

La segunda circunstancia especial de los contratos de sustitución es que su duración carece de un plazo máximo legal. Es lógico que sea así en la interinidad por sustitución, pero no lo es en la interinidad por vacante. De hecho, en las relaciones laborales del sector privado sí existe ese plazo máximo (art. 15.3 del ET). Para el empleador público, sin embargo, no opera ningún plazo, pues el art. 4.2.b) del Real Decreto 2720/1998 tan solo señala que la duración de estos contratos de interinidad coincidirá con el tiempo que duren los procesos de selección (art. 4.2.b del Real Decreto 2720/1998).

La ausencia de una duración máxima legal de los contratos de interinidad por vacante ha supuesto una puerta abierta al fraude. La Administración, por las razones que ya comentamos al principio de este trabajo, en muchas ocasiones, ha alargado de forma injustificada estos contratos de interinidad. Sobre este problema advirtió la STJUE 5.6.2018³⁴, dictada en el caso Montero Mateos, en su apartado 64, donde se advierte que los tribunales deben examinar si, “habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo” (referencia esta última que se recondujo al indefinido no fijo).

Después de un período de grave confusión entre los tribunales españoles y de un nuevo pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 3 de junio de 2021, asunto IMIDRA³⁵), la Sala IV del Tribunal Supremo unificó doctrina en su sentencia del Pleno de 28.6.2021³⁶ (caso Alhambra). Aplicando por analogía el art. 70 del EBEP, el Tribunal Supremo entiende que, “salvo muy contadas y limitadas excepciones³⁷, entre las que no se incluyen las restricciones presupuestarias, los procesos selectivos no deben durar más de tres años a contar desde la suscripción

lo que se protege es el interés del empresario en gestionar sus procesos de selección manteniendo cubierta, mientras tanto, su necesidad de prestación de trabajo. En la interinidad por vacante, el cese por cobertura de la plaza debería conllevar el derecho a la indemnización prevista con carácter general para los contratos temporales [art. 49.1.c) ET]. Y es probable que fuera más razonable reconocer la indemnización a ambas modalidades de interinidad, una vez se ha reconocido con carácter general a los contratos temporales.

32 C-619/17.

33 R. 3970/2016.

34 C-677/16.

35 C-726/19.

36 R. 3263/2019. Esta doctrina ha sido confirmada por un gran número de sentencias posteriores (vid, entre otras, las SSTS 1.7.2021, r. 2293/2019; 6.10.2021, r. 3075/2019; 19.10.2021, r. 3229/2020 y 3.11.2021, r. 1919/2019).

37 Un supuesto que se ha aceptado como “excepción”, a estos efectos, ha sido el retraso producido por la pandemia del COVID-19. Vid SSTS 19.12.2023 (r. 4895/2022) y 20.2.2024 (r. 5018/2022).

del contrato de interinidad, de suerte que, si así sucediera, estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga". Esa "duración injustificadamente larga" constituiría un abuso de la temporalidad, que, como tal, debería corregirse aplicando la doctrina del indefinido no fijo.

4. LA EXIGUA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR EN LA LEY 20/2021: UNA OPORTUNIDAD DESAPROVECHADA, PERO QUIZÁS UNA VÍA PARA SALIR DEL LABERINTO

4.1. La vía abierta por la disposición adicional 17ª del EBEP: la nulidad del contrato, con indemnización de 20 días y posible reclamación adicional por daños ante la Administración

La Ley 20/2021 ha introducido importantes cambios en el régimen del funcionario interino (art. 10 EBEP), con el objetivo de reforzar su carácter temporal y evitar los abusos. Entre estos cambios destacan dos: el establecimiento de un plazo máximo de 3 años para la interinidad por vacante y la finalización automática de la interinidad una vez superado ese plazo máximo, que deberá formalizarse de oficio por la Administración, sin derecho a compensación alguna.

Sin embargo, la Ley 20/2021 no ha establecido medidas similares para la interinidad laboral en las Administraciones Públicas, que sigue sin tener un plazo legal de duración. De hecho, los cambios en el art. 11 del EBEP, relativo al personal laboral, son mínimos y no aportan nada nuevo³⁸. Seguimos, pues, con el plazo de 3 años establecido por la jurisprudencia del orden social para los interinos por vacante y con la doctrina del indefinido no fijo para los supuestos de abuso de la contratación temporal. Al menos eso parece, pues la nueva disposición adicional 17ª del EBEP, introducida por esta Ley 20/2021, puede ofrecer en este último punto, otras vías interpretativas.

La disposición adicional 17ª del EBEP se dirige a ambos tipos de empleado público temporal (funcionario y laboral) y su título es prometedor: "Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público". No obstante, el resultado, en su conjunto, es decepcionante, por la ambigüedad con que se formulan la mayoría de esas medidas. Nos interesan dos: el régimen de responsabilidad de las autoridades y funcionarios (números 1 y 2) y las consecuencias de la superación de los plazos máximos de duración de los contratos temporales (números 3, 4 y 5).

38 La reforma se limita a incorporar al precepto un tercer apartado, con dos recordatorios: "los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad"; y, "en el caso del personal laboral temporal, el procedimiento se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia". Una obviedad, que genera, sinceramente, cierto disgusto, teniendo en cuenta la gravedad de los problemas que afectan al empleo público temporal en el ámbito laboral y la oportunidad perdida de establecer medidas adecuadas para prevenirlos.

Los dos primeros números de la disposición se refieren, en efecto, al régimen de responsabilidades que deriva del incumplimiento de las normas sobre empleo temporal. De acuerdo con la Exposición de Motivos, la finalidad del legislador es “implantar un régimen de responsabilidades que constituya un mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio de futuros incumplimientos”, conforme a las exigencias del Acuerdo Marco. Pero lo cierto es que las medidas que incorpora esta disposición adolecen de importantes imprecisiones. De hecho, estas medidas son, en algunos puntos, muy similares a las que incorpora la disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, y la realidad ya ha mostrado su fracaso. Pasemos a analizarlas.

En su número 1, la disposición adicional 17ª establece que “las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino”. Se trata, de nuevo, de un simple recordatorio, pues es evidente que las Administraciones, en su condición de empleadoras, son responsables del cumplimiento de sus obligaciones legales. Lo que sería necesario es regular mecanismos preventivos del incumplimiento de la Administración. Quizás por esta razón, la disposición añade que “las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal”. Una encomienda razonable, pero, de nuevo, imprecisa.

El número 2 de la disposición, por su parte, señala que “las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”. No se concreta quiénes responden, qué conductas son sancionables, ni qué responsabilidades son exigibles. Todo se remite a una “normativa vigente” que, en realidad, no sabemos si existe y que, de hecho, no parece que se haya aplicado hasta ahora. El legislador, claramente, tendrá que volver sobre esta materia si realmente pretende instaurar un régimen efectivo a través del cual se puedan exigir responsabilidades disciplinarias y patrimoniales a las autoridades o funcionarios que permitan, favorezcan o acuerden las irregularidades.

Los números 3, 4 y 5 se refieren a los supuestos en los que se incumplen los “plazos de permanencia” del empleo temporal y constituyen, sin duda, la parte más confusa de la disposición adicional, especialmente en lo que se refiere a su aplicación al personal laboral.

El número 3 dispone que “todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho”.

A continuación, el número 4 señala que “el incumplimiento del plazo máximo de permanencia dará lugar a una compensación económica para el personal funcio-

nario interino afectado, que será equivalente a 20 días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 12 mensualidades”. El derecho a esta compensación nace “a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento”. El apartado se cierra con una precisión: no habrá derecho a compensación en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias o por renuncia voluntaria.

El número 5 adapta la regla anterior al personal laboral temporal, disponiendo que para este colectivo “el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica”. Y, en este sentido, especifica: dicha compensación “consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de 20 días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año”. Se añade que “el derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento”.

Estos tres últimos números plantean muchos interrogantes, pero, como después veremos, pueden también ser la clave para elaborar una nueva fórmula que sustituya la doctrina del indefinido no fijo.

El primer interrogante que se plantea es determinar cuáles son los plazos máximos de permanencia a los que se refieren. Para el funcionario interino, está claro que son los que establece el nuevo art. 10 del EBEP; para el personal laboral, los que dispone el art. 15 del ET y, para la sustitución por vacante, el plazo máximo de 3 años en las condiciones que fija la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo.

La segunda pregunta es mucho más difícil de responder: ¿qué alcance tiene la nulidad prevista en el número 3? Está claro que los pactos individuales, las decisiones unilaterales de la Administración y las cláusulas de los convenios colectivos que infrinjan esos plazos máximos de permanencia serán nulos. Esto no resulta dudoso. Pero ¿y el contrato de trabajo? ¿Le afecta también la nulidad? Ante el silencio de la ley, se pueden plantear básicamente dos interpretaciones. Podemos entender que la nulidad no aplica al contrato de trabajo, en cuyo caso es evidente que continúa en vigor la doctrina del indefinido no fijo (al menos, por ahora). Pero otra opción es considerar que esa nulidad sí afecta al contrato de trabajo, lo que nos llevaría a una solución similar a la del art. 10 del EBEP en relación con el funcionario interino: la superación del plazo máximo de duración del contrato provocaría su nulidad con efectos *ex nunc* (art. 9.2 ET), pues la Administración no puede mantener en vigor un contrato contrario a la ley. El trabajador afectado tendría entonces derecho a percibir de forma inmediata al cese la “compensación” prevista en la ley (20 días por año con tope de 12 meses) y reclamar, además, la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados. Después comentaré con más detalle esta opción,

que, a mi juicio, cumpliría las exigencias del Acuerdo Marco si, además, el legislador interviniera introduciendo un régimen responsabilidad similar al italiano, que ha sido aceptado como medida eficaz por la STJUE del caso Santoro (apartado 52)³⁹.

4.2. Y de nuevo, los procesos de estabilización. Una medida que no frena el abuso a largo plazo y que, además, tiene un alto coste para el modelo constitucional de empleo público

Adicionalmente a los procesos de estabilización regulados en las leyes de presupuestos para el año 2017 y 2018⁴⁰, la Ley 20/2021 autoriza, en su art. 2, una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal.

Esta tasa adicional incluye las plazas de naturaleza estructural que, estando o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo y estando dotadas presupuestariamente, han permanecido ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los 3 años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Dada la urgente necesidad de estabilizar este empleo temporal, se fijan plazos perentorios para la resolución de estos procesos: la oferta pública que los articule se debe realizar antes del 1 de junio de 2022, la publicación de las convocatorias de los procesos selectivos tendrá lugar antes del 31 de diciembre de 2022 y la resolución de estos procesos deberá producirse antes del 31 de diciembre de 2024. El objetivo, ambicioso, aunque ya antiguo, es que la tasa de cobertura temporal se sitúe por debajo del 8% de las plazas estructurales.

No es posible en este trabajo hacer un estudio detallado de estos procesos de estabilización⁴¹. Pero sí me parece necesario explicarlos brevemente, pues veremos después que estos procesos se han presentado ante el TJUE como medidas que pretenden reparar los efectos producidos por los abusos cometidos por las Administraciones en el empleo temporal.

El punto más problemático, sin duda, es el relativo al sistema de selección que debe operar en estos procesos. La Ley 20/2021 prevé, con carácter general, el concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un 40%, en la que “se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate”; además, los ejercicios en la fase de oposición podrán no ser eliminatorios (se remite para ello a la negociación colectiva). Se trata de una regulación muy cuestionable. El 40% de la fase de concurso plantea ya dudas de constitucionalidad, aunque,

39 STJUE 7.3.2018, C494/16.

40 Artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

41 Sobre estos procesos y, en general, sobre el impacto de las reformas de 2021 en el empleo público laboral me remito a mi trabajo “La temporalidad en el empleo público laboral y las últimas reformas legislativas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº 152, 2022.

a mi juicio, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, entraría dentro de los límites de lo tolerable⁴². Sin embargo, si a ello se añade el carácter no eliminatorio de los ejercicios de oposición, las consecuencias podrían ser muy similares al llamado “efecto mochila”; en todo caso, creo que esta solución no es acertada pues permite valoraciones desproporcionadas del mérito relativo a la experiencia profesional con la correspondiente vulneración del principio de igualdad⁴³.

El art. 2 establece, por otra parte, que el personal temporal que, estando en activo, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización, tendrá derecho a una compensación económica que se formula en los mismos términos que en la disposición adicional 17^a (20 días con tope de 12 meses y ajuste con la eventual indemnización laboral). Se señala, además, que esta compensación no procederá si no se ha participado en el proceso (aunque no se precisa cuándo debe entenderse cumplido este requisito).

Las dudas de constitucionalidad son mayores en relación con el régimen especial previsto en la disposición adicional 6^a. Conforme a esta disposición, las Administraciones, con carácter excepcional, podrán convocar por el sistema de concurso aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016. Estos procesos se realizarán por una sola vez y deberán respetar los plazos establecidos en la regulación general prevista en el art. 2. Aunque no existe una previsión expresa reconociendo en estos casos el derecho a la compensación por no superación del proceso, resulta razonable entender que, en este punto, se aplican también las reglas del art. 2.

La disposición aclara que estos procesos son excepcionales y que se realizarán por una sola vez, conforme a lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del art. 61 del EBEP. Para el personal laboral, el apartado 7 sí admite con carácter general el concurso como forma de acceso a un puesto fijo, pero con respecto al personal funcionario el apartado 6 señala de forma muy restrictiva, aunque imprecisa, que “sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos”; resulta discutible que la situación actual del empleo público temporal justifique este régimen excepcional⁴⁴.

42 Sobre los sistemas y criterios de selección y sus condicionamientos constitucionales, vid. M. ÁLEGRE ÁVILA, “De nuevo sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública: las sentencias del Tribunal Constitucional 27/1991, 151/1992 y 302/1993”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 3, 1993.

43 SSTC 67/1989, 93/1995, 185/1994, 27/2012.

44 En la STC 12/1999 se consideró excepcional la situación derivada de la asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias sobre los Servicios de Salud. No parece que esta situación pueda equipararse en gravedad y excepcionalidad a la actual. Vid, en este sentido, la STS 18.4.1995 (r. 9247/1991) y la SAN 14.11.2019 (r. 380/2017).

5. EL IMPACTO DE LAS SSTJUE 22.2.2024 Y 13.6.2024: CRISIS DEL INDEFINIDO NO FIJO Y DEL SISTEMA DE GARANTÍAS ESPAÑOL

5.1. El indefinido no fijo “de larga duración”. El cazador cazado

Hemos visto que, en su formulación original, la doctrina del indefinido no fijo pretendía sancionar el abuso de la temporalidad por las Administraciones Públicas sin poner en peligro con ello el modelo constitucional de empleo público. Esta doctrina, en realidad, distingue dos fases: en primer lugar, el trabajador afectado puede mantenerse en el puesto, pero no adquiere la fijeza en la plantilla; en segundo lugar, la Administración debe regular esta situación, cubriendo la plaza por el proceso reglamentario o, en su caso, amortizándola. La primera parte de esta fórmula, que queda en manos de los tribunales, se ha cumplido; al menos lo ha hecho en muchos casos, viendo el número de sentencias que se han dictado en los últimos años reconociendo a los empleados temporales públicos su condición de indefinidos no fijos. Pero, la segunda parte de la fórmula ha fallado, porque parece que en muchos casos la Administración no ha cumplido con su obligación de proveer o amortizar la plaza⁴⁵. El resultado es desalentador: la doctrina del indefinido no fijo no solo no ha cumplido su finalidad de evitar los abusos, sino que, lo que es más grave, la ha favorecido, manteniendo *sine die* el vínculo temporal, ahora bajo un término que nunca llega.

El abuso de la contratación temporal ordinaria se corrige con el indefinido no fijo. ¿Pero cómo se corrige el abuso de la propia figura del indefinido no fijo? Parece que el ordenamiento jurídico no tiene medios eficaces para evitar este segundo abuso. Y esto pone de manifiesto la propia ineficacia de la doctrina del indefinido no fijo como medida antiabuso “estrella” que sustituye a la normal laboral de la conversión del contrato en indefinido. Ante esta situación, ¿tenemos que aplicar la conversión? Creo que es evidente que no, porque, aunque la doctrina del indefinido no fijo haya podido fracasar en su intento de sancionar los abusos y proteger el modelo constitucional de empleo público, el problema se mantiene: los principios constitucionales de acceso al empleo público impiden la norma de la conversión. Estos principios constituyen un escollo insuperable a la norma laboral de la conversión.

Pero no adelantemos conclusiones y veamos cómo se ha planteado el problema en los tribunales.

5.2. La STJUE de 22.2.2024: el principio del fin

a) Las cuestiones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un diálogo frustrado

El problema del “indefinido no fijo de larga duración” se ha suscitado en la STJUE de 22 de febrero de 2024⁴⁶, que resuelve tres cuestiones prejudiciales acumuladas

45 No tenemos datos estadísticos de los indefinidos no fijos, pero, por los casos que llegan a los tribunales, parece claro que ese incumplimiento es notable.

46 Asuntos acumulados C-59/22 —asunto Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la CAM—, C/110/22 —asunto UNED— y C/159/22 —asunto Agencia Madrileña de Atención Social de la CAM—.

procedentes de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en las que, básicamente, se plantea la adecuación de la figura del indefinido no fijo a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco⁴⁷.

En dos de estos litigios (C-59/22 —asunto Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la CAM— y 110/22 —asunto UNED—), se trataba de empleados públicos que llevaban un gran número de años como indefinidos no fijos sin que la Administración empleadora hubiera regularizado la situación (13 años y 19 años, respectivamente). En el tercer litigio (C-159/22 —asunto Agencia Madrileña de Atención Social de la CAM—), se plantea el caso de una interina por vacante, cuyo contrato supera los tres años, razón por la cual solicita su reconocimiento como trabajadora fija o subsidiariamente como indefinida no fija.

En este último litigio, estamos ante el problema clásico del interino por vacante de larga duración que hasta ahora se había resuelto acudiendo a la figura del indefinido no fijo. En principio, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, este caso no resulta problemático.

Los otros dos supuestos, por el contrario, plantean ya abiertamente el problema del indefinido no fijo de larga duración. Recordemos: la sentencia firme que declara al empleado indefinido no fijo conlleva la obligación de la Administración de proceder en un tiempo razonable a proveer o amortizar la plaza, pero frecuentemente la Administración incumple con dicha obligación y el trabajador afectado no reacciona frente a esta situación, muchas veces, digámoslo sin ambages, porque lo prefiere. En estas situaciones, el indefinido no fijo se prolonga “indefinidamente” en el puesto, a la espera de una estabilización más segura a través de un proceso de estabilización o de una eventual declaración judicial de fijeza, que es lo que ahora se pretende.

Son estos dos casos (C-59/22 —asunto Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la CAM— y 110/22 —asunto UNED—), ciertamente, los que ponen en evidencia la figura del indefinido no fijo como medida adecuada para evitar los abusos de la temporalidad en el sector público y es en este contexto donde las cuestiones prejudiciales resultan novedosas y de extraordinario impacto.

Tres son los interrogantes principales que plantean estas cuestiones. En primer lugar, si la prolongación *sine die* del indefinido no fijo puede considerarse un supuesto de “sucesivos contratos de duración determinada” a efectos del Acuerdo Marco. En segundo lugar, si, en tal caso, el ordenamiento español cuenta con medidas antiabuso suficientes conforme a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco para prevenir y reparar los abusos en esas contrataciones sucesivas. En tercer lugar, en el caso de que nuestro ordenamiento carezca de estas medidas, si es posible aplicar en el sector público la norma laboral de la conversión del trabajador en fijo.

47 Un excelente comentario de esta sentencia en M.E. CASAS BAAMONDE, “Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 2, 2024.

La respuesta del TJUE a la primera pregunta es, claramente, afirmativa y no sorprende. En efecto, el mantenimiento *sine die* del indefinido no fijo en su puesto de trabajo es un caso de temporalidad irregular crónica inaceptable desde el punto de vista del Acuerdo Marco. Ya lo hemos visto: el indefinido no fijo solo sirve si la Administración cumple con su obligación de proveer o amortizar la plaza. Si la Administración incumple con esta obligación, el indefinido no fijo se desnaturaliza, convirtiéndose precisamente en aquello que pretendía corregir: una contratación temporal abusiva.

El segundo interrogante no tiene una respuesta clara y es lógico que sea así, pues el TJUE no puede entrar a valorar el conjunto de medidas antiabuso previstas en el ordenamiento jurídico español para decidir si estas son suficientes o no. Esta es tarea de los tribunales nacionales. No obstante, el TJUE señala algunas precisiones: 1º) La figura del indefinido no fijo sería una medida adecuada para evitar los abusos si se garantizara que la Administración va a convocar las plazas dentro de los plazos establecidos (y se adelanta que no parece que esto ocurra en el ordenamiento español). 2º) El pago de una indemnización tasada en el momento de la extinción del contrato no es una medida antiabuso adecuada si resulta independiente de cualquier consideración relativa a su carácter abusivo. 3º) El establecimiento de un régimen de responsabilidades puede ser una medida disuasoria efectiva, siempre y cuando tenga la suficiente concreción (requisito que no parece cumplir la disposición adicional 17ª del EBEP). 4º) La convocatoria de procesos de consolidación de empleo temporal mediante convocatorias públicas no es una medida adecuada para reparar el abuso si dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de los contratos.

Hay que señalar que estas consideraciones del TJUE están condicionadas por la información presentada en las cuestiones prejudiciales y, en este sentido, hay que decir que la información ofrecida por el tribunal nacional resulta cuestionable. En primer lugar, la indemnización tasada sí tiene en cuenta el carácter abusivo de la contratación temporal (aunque este punto pudiera mejorarse) pues, en caso contrario, procedería la indemnización general prevista para los contratos temporales (12 días) o incluso no habría indemnización (caso de las interinidades). Y, en segundo lugar, ya hemos visto que los procesos de estabilización claramente favorecen a los trabajadores temporales.

Pero pasemos al tercer interrogante, donde las deficiencias de información de la cuestión prejudicial son aún más graves⁴⁸. El órgano remitente señala que en España no hay consenso a la hora de determinar si resultan o no aplicables los principios

48 Sobre los defectos de información de las cuestiones prejudiciales, vid J. FUENTETAJA, "El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la función pública española", *Revista Jurídica de Asturias*, nº 46, 2023, y A. DESDENTADO BONETE y Eva DESDENTADO DAROCA, "Derecho de la Unión Europea y régimen español de empleo público. Una relación conflictiva", en AAVV (R. Alonso García dir), *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa*, IVAP, 2019.

constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público laboral. Se informa, en este sentido, que la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo defiende su aplicación, mientras que la doctrina del Tribunal Constitucional la rechaza. Partiendo de esta premisa, el tribunal remitente concluye que, de seguirse la doctrina constitucional, existiría una interpretación conforme a la Directiva, pues los contratos temporales abusivos podrían convertirse en fijos, lo que supondría una medida antiabuso adecuada. En ese contexto, se pregunta al TJUE si sería posible acudir a esta interpretación conforme a la Directiva, aun cuando ello supusiera contradecir la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Con esta información, la respuesta del TJUE no se hace esperar: la cláusula 5ª del Acuerdo Marco no puede ser aplicada directamente, pues no tiene la concreción necesaria, pero obliga al juez a interpretar la normativa nacional conforme a los objetivos de la Directiva, siempre que ello sea posible, aun cuando esto implique romper con una jurisprudencia del Tribunal Supremo consolidada en relación con normas constitucionales.

La respuesta del TJUE está claramente viciada por esa defectuosa información de origen. En realidad, no existe esa oposición de doctrinas. Ambos tribunales defienden la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público laboral, sea por la vía de los arts. 23.2 y 103.3 CE (de acuerdo con una noción amplia de la función pública equivalente a empleo público) o por la vía del art. 14 CE (**SSTC 281/1993** y **86/2004**). En el empleo público laboral, la regla de la conversión del contrato temporal irregular en indefinido no es posible, porque infringe normas imperativas administrativas y constitucionales. Y, siendo así, de acuerdo con la propia doctrina del TJUE, es evidente que los órganos judiciales nacionales no pueden por sí mismos aplicar una solución frente al abuso de la temporalidad que, al amparo de una cláusula genérica como la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, contradiga la legislación nacional y las normas constitucionales, más aún cuando afecta a derechos fundamentales de los ciudadanos y a los pilares básicos de nuestro Estado de Derecho.

b) La confusión generada por la STJUE 22.2.2024: primeras sentencias contradictorias de los juzgados y tribunales, una respuesta final inesperada del TSJ de Madrid y, finalmente, presentación de una cuestión prejudicial aclaratoria por parte de la Sala IV del Tribunal Supremo

A pesar de ello, la STJUE de 22.2.2024 ha generado una enorme confusión. Los medios de información inmediatamente publicaron que el TJUE obligaba al Estado español a hacer fijos a “los interinos” ante “el abuso”. Algunos tribunales, incluso, declararon la fijeza apelando a esta sentencia⁴⁹; otros siguieron aplicando la doctrina del indefinido no fijo al entender que otra opción no era posible⁵⁰.

49 SSJS Madrid nº 26, 26 23.2.2024 (proc 199/2023), Sevilla nº 13, 27.2.2024 (proc. 667/2023) y STSJ del País Vasco, 22.4.2024, r. 229/2024.

50 STSJ Sevilla 14.3.2024, r. 775/2022.

La propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que había planteado las cuestiones prejudiciales, resolvió, en Pleno, finalmente, negando la fijeza en los tres asuntos planteados⁵¹. En estas sentencias, el Tribunal Superior de Justicia señala que “de un análisis reposado” de esa resolución se observa que la misma “en ningún momento impone como medida que se acuerde la fijeza”; se dice simplemente que “la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida”. Pero esa medida, dice el Tribunal, “no tiene amparo legal” en nuestro Derecho, pues nos encontramos ante “el insalvable obstáculo de que el acceso a esa situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra Constitución”. El Tribunal reconoce que el resultado es poco satisfactorio, pero entiende que solo podía haberse evitado con un control eficiente y un régimen de sanciones adecuado, y no con una conversión del contrato que resulta inconstitucional. Las sentencias cuentan con dos votos particulares, uno de ellos formulado por el magistrado que planteó la cuestión prejudicial del caso UNED, al que se adhieren otros cuatro magistrados.

La confusión que ha provocado la STJUE 22.2.2024 recuerda a la que, en su día, generó la sentencia del caso De Diego Porras. Y la respuesta de la Sala IV del Tribunal Supremo ha sido la misma: plantear cuestión prejudicial al tribunal comunitario solicitando aclaraciones⁵². Esta cuestión le sirve al Tribunal Supremo, a su vez, para aclarar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea algunos aspectos de la regulación española que, en la información presentada por las cuestiones prejudiciales originarias, resultaba “equivoca”. Un diálogo de ida y vuelta, que muestra las dificultades que plantea la doctrina judicial comunitaria.

Pero veamos la cuestión de la Sala IV. Vale la pena comentarla, aunque sea brevemente, pues la respuesta que a ella dé el TJUE se espera con gran expectativa (quizás porque todos pecamos de excesivo optimismo). Desde luego, en juego está el futuro de la doctrina del indefinido no fijo, aunque, a mi juicio, muy probablemente la respuesta del TJUE vuelva a ser ambigua, cual Oráculo de Delfos, y nos veamos nuevamente obligados a debatir sobre su alcance. Esperando, en todo caso, que no sea así, pasemos a ver la cuestión del Tribunal Supremo.

El Tribunal explica con detalle, en el auto, su doctrina del indefinido no fijo, aunque hay que señalar que existen en esta exposición, a mi juicio, aspectos cuestionables. En primer lugar, se dice que “durante la vigencia del vínculo laboral, la jurisprudencia reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos los mismos derechos que a los trabajadores fijos en todos los ámbitos de la relación laboral, incluso en aquellos que conllevan la posibilidad de acceder a otros puestos diferentes”. Ya vimos que este último criterio se ha matizado en las SSTS 29.3.2022 y 17.4.2024⁵³. En segundo lugar, se

51 SSTSJ Madrid 10.4.2024, recursos [830](#), [753](#) y [797/2021](#).

52 ATS Pleno 30.5.2024, r. 5544/2023.

53 Recursos 109/2020 y 853/2021, respectivamente.

señala que, de acuerdo con esta doctrina, procede “la calificación del despido como nulo, con la obligada readmisión del trabajador indefinido no fijo, si el cese se produce una vez declarada tal condición y bajo la invocación por el empleador de la llegada de un término temporal que es inexistente”. De nuevo, creo que estamos aquí ante un error: la extinción por causas ajenas al cumplimiento del término llevará consigo, normalmente, la declaración de improcedencia salvo en los supuestos previstos en la ley en los que, de acuerdo con el régimen general, opera la nulidad. No hay, en este sentido, un tratamiento especial para el indefinido no fijo.

Una vez expuesta la doctrina del indefinido no fijo, el auto corrige la información presentada por las cuestiones prejudiciales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, aclarando que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional consideran que los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad son aplicables también al empleo público laboral. La norma de la conversión del contrato en indefinido, por tanto, no solo sería contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino a la propia Constitución, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, el Tribunal Supremo recuerda que el TJUE, en el caso IMIDRA, admitió la doctrina del indefinido no fijo, aunque con matizaciones que fueron aceptadas inmediatamente por la Sala IV. En este sentido, hay que señalar que, ciertamente, la STJUE dictada en el caso IMIDRA parece aceptar la fórmula del indefinido no fijo, aunque matizando que las restricciones presupuestarias no pueden justificar la inactividad de la Administración a la hora de cubrir la plaza. Y es cierto también que el Tribunal Supremo, en el caso Alhambra, aceptó esta precisión, corrigiendo su doctrina. Ahora bien, hay que advertir que la sentencia IMIDRA tan solo “parece” que acepta, pues se limita a declarar que “podría ser una medida apta para sancionar los abusos”, remitiendo la decisión final a los tribunales nacionales. No hay, pues, por parte del TJUE, una aceptación concluyente del indefinido no fijo como medida antiabuso adecuada.

Afirma después el auto que la indemnización de 20 días aplicable en caso de cese del indefinido no fijo por cumplimiento del término sí tiene en cuenta el abuso. Esto es así, efectivamente, pues, como ya hemos señalado antes, en otro caso la indemnización sería la de 12 días o incluso no habría derecho a indemnización (como sucede con los interinos). Cuestión distinta es si esta indemnización es suficiente a los efectos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

Hasta aquí, la doctrina del indefinido no fijo como medida para evitar el abuso de los contratos temporales. La cuestión que ahora debe plantear el auto es si, a su vez, existen medidas para evitar el abuso del indefinido no fijo. Y aquí, creo, el razonamiento del Tribunal Supremo en defensa de su doctrina no resulta convincente. Se limita a reiterar que “la calificación de la relación laboral como indefinida no fija es la consecuencia jurídica derivada de la ilegítima o abusiva utilización de contratos de duración determinada”. Esta consecuencia “constituye una garantía para los trabajadores y una sanción para la administración empleadora por dicha ilícita utilización”,

por lo que “puede considerarse como una medida legal equivalente y adecuada”, sin que sea necesaria la conversión de esos contratos en una relación laboral fija. Además, se apela al art. 45 del TFUE (derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión) y a los arts. 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho de igualdad ante la ley y derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad).

Ninguno de estos argumentos es convincente y quizás, consciente de ello, el auto acaba proponiendo la posibilidad de elevar la indemnización equiparándola a la del despido improcedente, aunque no queda claro si esa indemnización cualificada sería exclusivamente para los supuestos de abuso de la figura del indefinido no fijo o, en general, para los supuestos de abuso de los contratos temporales. Parece, por la formulación final de la cuestión prejudicial, que se refiere a esta última hipótesis, pero, entonces, no se indemnizaría de forma específica el segundo abuso, aunque puede entenderse que, indirectamente, sí se haría, pues la indemnización se calcula en función de los años de prestación de servicios.

Por otra parte, el Tribunal Supremo afirma que el ordenamiento jurídico español permite que el trabajador interesado exija la convocatoria de la plaza y, además, ofrece vías adecuadas para reclamar al empleador responsabilidades patrimoniales. En cuanto a los procesos de estabilización, aunque, por exigencias constitucionales, son abiertos, el Tribunal Supremo entiende que la fórmula para conseguir la plaza atribuye un valor “determinante” a la experiencia obtenida durante la contratación temporal, lo que, a juicio del Tribunal, compensa adecuadamente la situación que han soportado durante esos periodos, al facilitarles en gran medida y en condiciones muy ventajosas, el acceso definitivo a la plaza como trabajadores fijos. Sin duda, tiene razón el Tribunal Supremo en esto, aunque habría que ver si, en esas circunstancias, tales procesos cumplen las exigencias del art. 14 de la Constitución.

Además, se advierte que la consecuencia de calificar como fijo al indefinido de larga duración “supone eximir a la Administración de la obligación de convocar los procesos selectivos y negar al resto de los ciudadanos el derecho a participar en los mismos”. Así es, lo que implicaría, sin duda, una vulneración del art. 14 de la Constitución. El Tribunal Supremo considera que “la aplicación del Derecho de la Unión no puede llevar a una consecuencia tan drástica a nivel de Derecho interno, cuando hay medidas alternativas, como la calificación de la relación laboral de indefinida no fija, que permite la adecuada conciliación de los principios del Derecho nacional con las obligaciones que impone el Derecho de la Unión”. Es esta, sin embargo, una argumentación circular. La premisa es clara y, a mi juicio, correcta. Ya lo hemos dicho: no se puede aplicar la regla de la conversión, porque ello infringiría los principios constitucionales de acceso al empleo público. La cláusula 5ª del Acuerdo Marco tiene aquí un límite insalvable. Pero el argumento del Tribunal no explica cómo se evita el abuso de la propia figura del indefinido no fijo. Nada se dice al respecto, porque realmente, reconozcámoslo, no hay medidas efectivas para evitar ese abuso. Eso no significa, sin embargo, que debamos acudir, entonces, a la regla de la conversión. Esa regla,

insisto, no es posible. Pero, eso sí, habrá que buscar otra fórmula que permita evitar el abuso sin abrir con ello la puerta a la captura del empleo público. Sobre este último aspecto, algo dice al final el Tribunal Supremo: no hay que olvidar, señala, que los indefinidos no fijos "son trabajadores que han estado disfrutando de un empleo público durante un período dilatado de tiempo sin haber superado ninguna clase de proceso selectivo de acceso al empleo público fijo conforme a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad; sin competencia con la generalidad de los ciudadanos nacionales y de otros Estados miembros, que se vieron privados de la posibilidad de acceder a un empleo público, adjudicado a quienes resultaron beneficiados por esa actuación irregular del organismo empleador".

El auto, finalmente, expone sus preguntas:

- 1ª ¿Se opone a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos?
- 2ª En caso de que se oponga, ¿el reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?

De nuevo, creo, el diálogo con el TJUE se frustra, porque no se plantea el principal problema: que el indefinido no fijo puede, a su vez, estar en una situación abusiva de "larga duración". Este era el problema planteado en el caso UNED y en el caso Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la CAM. Así planteadas las cuestiones, es difícil que la respuesta del TJUE ayude a aclarar la situación.

5.3 Los efectos de la STJUE de 13 de junio de 2024 en el empleo público temporal administrativo y laboral

a) La jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo frente al abuso de la temporalidad: los casos Martínez Andrés y Castrejana López

En el orden contencioso-administrativo, el problema del abuso de la temporalidad también dio lugar, en un principio, a decisiones judiciales contradictorias.

En el caso de los funcionarios interinos⁵⁴, en concreto, se plantearon varias cuestiones prejudiciales preguntando al TJUE si, dada la falta de medidas antiabuso específicas en el empleo público administrativo, una sanción adecuada podría ser aplicar

54 Sobre el abuso de la figura del funcionario interino, vid M. SÁNCHEZ MORÓN, *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Aranzadi, 2020, y, del mismo autor, "La consagración del funcionario interino indefinido", *Revista de Administración Pública*, nº 208, 2019.

la doctrina laboral del indefinido no fijo. Las SSTJUE de 14.9.2016 (asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López⁵⁵) respondieron señalando que el Acuerdo marco no exige aplicar a los empleados temporales en régimen administrativo las mismas medidas antiabuso que se aplican en el ámbito laboral. No obstante, el TJUE añade que la doctrina laboral del indefinido no fijo “podría ser una medida apta” también para sancionar la utilización abusiva del empleo administrativo temporal.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que había planteado las cuestiones prejudiciales, dictó dos sentencias el 12 de septiembre de 2016⁵⁶, anulando los ceses de los empleados y reconociéndoles su condición de indefinidos no fijos. Recurridas estas decisiones en casación, el Tribunal Supremo responde en las sentencias de 26 de septiembre de 2018⁵⁷, fijando la doctrina que todavía hoy se mantiene en vigor.

La Sala III del Tribunal Supremo afirma en esta doctrina que no es necesario acudir a la solución laboral del indefinido no fijo, pues, las propias normas administrativas permiten adoptar medidas adecuadas contra el abuso. ¿Qué medidas son esas? El Tribunal Supremo entiende que el empleado temporal solo puede ser cesado por las causas establecidas en la ley (art. 10 del EBEP, para el interino), por lo que, si fuera cesado por causa distinta, estaríamos ante un cese contrario al ordenamiento jurídico (art. 34.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común). Por consiguiente, el empleado tendrá derecho a continuar prestando servicios, hasta que se cumpla el término legal de su relación con la Administración. Hasta aquí, esta doctrina resulta muy similar a la del indefinido no fijo. Pero hay una diferencia importante: la Sala III no reconoce que el empleado tenga un derecho a percibir indemnización una vez se produzca el cese legal de la relación. No es que niegue, en todo caso, el derecho a una indemnización, pero considera que dicha indemnización solo puede reconocerse si el empleado expresamente la invoca, acreditando los daños que pretende que se reparen con ella. El Tribunal Supremo recuerda que “el régimen procesal del recurso contencioso-administrativo no obliga a que el perjudicado por la situación de abuso haya de acudir a un proceso distinto de aquél en que tal situación se declara para pretender, también, el reconocimiento de un derecho indemnizatorio” (art. 31.2 de la LJCA), pero la pretensión debe hacerse y deben acreditarse los daños⁵⁸.

b) La STJUE 13 de junio de 2024. De nuevo, problemas de diálogo y errores de entendimiento

La STJUE de 13 de junio de 2024 ha sido para el empleo temporal administrativo lo que la STJUE de 20.2.2024 supuso para el empleo temporal laboral. El impacto que

55 C184/15 y C197/15.

56 R. 625 y 735.

57 R. 785 y 1305/2017.

58 Esta doctrina se ha aplicado en numerosas ocasiones posteriores. Vid SSTS3ª 7.11.2018 (r. 1781/2017), 17.11.2020 (r. 4641/2018), 3.11.2021 (r. 843/2020), 15.11.2021 (r. 6360/2019), 20.12.2021 (r. 2489/2019) y SAN 21.2.2024, r. 1207/2022, entre otras.

ha producido y la confusión generada han sido notables y es posible que suponga una grave fisura en esa jurisprudencia, consolidada ya, de la Sala III, que, muy probablemente, se tenga que ajustar.

La STJUE de 13 de junio de 2024 responde a varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona, en los asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22 (Departamentos de Presidencia y de Justicia de la Generalidad de Cataluña). En estas cuestiones se plantea si la jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo y las medidas introducidas por la Ley 20/2021 cumplen las exigencias de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. De no ser así, el Juzgado propone como medida alternativa la conversión de los trabajadores temporales en trabajadores indefinidos, sin obtener con ello la condición de funcionario de carrera. Se señala que una solución similar ya se ha adoptado por el legislador español, aunque para un supuesto distinto (art. 87.5 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público)⁵⁹.

En relación con la jurisprudencia de la Sala III, el Juzgado declara que dicha jurisprudencia se limita a mantener al empleado en su puesto hasta que se produzca su cobertura. Con respecto a la Ley 20/2021, afirma que “las únicas” medidas introducidas por esta ley para evitar y sancionar los abusos de la temporalidad son la convocatoria de procesos para cubrir las plazas y el pago de una compensación económica. Ninguna de las dos medidas, a juicio del Juzgado, resulta adecuada a efectos de la Directiva, pues los procesos para la cobertura de las plazas son procesos selectivos abiertos y la compensación económica, aparte de tener un doble límite máximo, solo opera a favor del empleado que no obtenga la plaza cuando esta se cubra.

De nuevo nos encontramos ante cuestiones prejudiciales que ofrecen una información incompleta. En primer lugar, ya hemos visto que la jurisprudencia de la Sala III admite la reparación íntegra del daño, aunque, ciertamente, en este aspecto el criterio del Tribunal Supremo es discutible. En segundo lugar, la Ley 20/2021, aunque muy insuficiente, tiene otras medidas antiabuso, y, además, hay que tener en cuenta también que el ordenamiento español prevé otras medidas fuera de esa ley que deben tomarse en consideración. No es que el resultado de esa valoración conjunta vaya a ser necesariamente positivo, pero una valoración parcial desde luego resulta siempre insuficiente.

En todo caso, el TJUE hace algunas observaciones de interés, tanto para el empleo público administrativo como para el laboral.

En primer lugar, se señala que en la normativa española aplicable se contienen las medidas indicadas en la cláusula 5ª.1.b) y c) del Acuerdo Marco (límite a la duración máxima de los nombramientos y número máximo de renovaciones). A pesar de ello,

59 Se refiere este precepto a las transformaciones de las entidades integrantes del sector público institucional estatal.

el abuso se da, por lo que estas normas podrían no ser suficientemente efectivas. Esto es algo que deben valorar los tribunales nacionales, aunque el TJUE ofrece algunas orientaciones.

Con respecto a la convocatoria de los procesos selectivos previstos en la Ley 20/2021, el Tribunal insiste en la idea de que esos procesos, al ser inciertos en su resultado, no resultan una medida adecuada a efectos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Esto es algo que ya se dijo en sentencias anteriores. Pero ahora, el TJUE añade que esto es así “aunque esos procesos valoren los méritos del empleado afectado” (ap. 78). El mensaje está claro y creo que es razonable: los procesos de estabilización pueden ser una medida para reducir de forma rápida y tajante la tasa de temporalidad en el empleo público, y esto, desde un punto de vista político, puede interesar, pero no es una medida que vaya a evitar los abusos de la temporalidad. Ahora bien, aunque no evite los abusos, parece evidente que, tal y como están formulados, operan como una medida que pretende reparar la situación creada por el abuso, y, en tal sentido, aunque no sea una medida, por sí sola, suficiente, debería tenerse en cuenta.

En lo que se refiere a la compensación económica prevista en el art. 2 de la Ley 20/2021, el TJUE vuelve a señalar que el abono de una indemnización por extinción no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 (ap. 79), pues tal abono “parece ser” independiente de la consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la contratación. En esta sentencia, el TJUE añade ahora que, además, esa compensación económica tiene un doble límite máximo en su cuantía, por lo que no repara de forma íntegra y efectiva el daño. Esta afirmación responde, a mi juicio, a un error de entendimiento de la normativa española por parte del TJUE (favorecida por el propio planteamiento de las cuestiones prejudiciales). La compensación de 20 días que establece la Ley 20/2021 no es la única compensación posible. Se trata de una indemnización objetiva, en la línea de las previstas en la legislación laboral, que no requiere la prueba del daño. En el momento del cese, el empleado deberá recibir automáticamente del empleador esta indemnización. Pero ya vimos que, a través del art. art. 31.2 de la LJCA, se admite también la reclamación de la indemnización por lo daños que esa compensación no haya reparado.

A pesar de ello, y ante la insuficiente información que dan las cuestiones prejudiciales, el TJUE concluye que la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, “a la luz de los principios de proporcionalidad y de reparación íntegra del perjuicio sufrido”, se opone a una jurisprudencia y a una normativa nacionales que contemplan como medidas “antiabuso”, respectivamente, el mantenimiento del empleado mientras no se cubra la plaza y procesos selectivos abiertos junto con una compensación económica — con un doble tope— a favor únicamente del empleado que no obtenga la plaza.

Finalmente, sobre la posible conversión de la relación en indefinida, el TJUE señala que la cláusula 5ª no obliga a los Estados a convertir los contratos en indefinidos. Esta medida puede ser adecuada a las exigencias de la Directiva, pero no se impone. Y, en este sentido, se recuerda que, aunque los tribunales deben interpretar el

ordenamiento nacional conforme a la Directiva, esa interpretación conforme tiene sus límites, pues no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

Con esto, a mi juicio, debe quedar ya claro que en nuestro ordenamiento jurídico la regla de la conversión en indefinido no es posible. No lo es en el empleo público administrativo, ni tampoco en el empleo público laboral. Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público lo impiden. Busquemos, pues, otras soluciones.

6. CONCLUSIONES Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL DEBATE

Cerramos el epígrafe anterior con una conclusión clara: los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad son aplicables en el empleo público laboral; en este ámbito, por tanto, no puede operar la regla de la conversión del contrato temporal irregular en contrato indefinido. Es así y así debe serlo, pues, de otra forma, sacrificaríamos nuestro modelo constitucional de empleo público, basado en la igualdad de oportunidades, en la imparcialidad de los empleados públicos y en la eficacia de la Administración.

La doctrina del indefinido no fijo surgió precisamente para proteger nuestro modelo constitucional de empleo público, evitando su captura por vías irregulares. Pero hay que admitir que esta doctrina ha fracasado, debido al incumplimiento reiterado por parte de las Administraciones Públicas de su obligación de proveer o amortizar las plazas. Esto nos lleva a otra conclusión: el legislador debe intervenir para fortalecer la eficacia de nuestras medidas antiabuso. No es una tarea de los jueces, sino del legislador, que debe asumir su responsabilidad.

En el empleo público laboral, se debería modificar el art. 11 del EBEP para introducir medidas similares a las del art. 10: el contrato de interinidad por vacante (opto por la terminología tradicional, que es más clara) ha de tener un plazo máximo legal; además, se deben establecer medidas específicas para los casos en que se produzca un abuso de la temporalidad. Estas medidas no deberían llevar a mantener al trabajador en el puesto, pues, al final, se generan inercias indeseadas. Por el contrario, la relación abusiva debería terminar, reparando el daño y sancionando a los responsables.

En este sentido, creo que la disposición adicional 17ª de la Ley 20/2021 abre una nueva posibilidad interpretativa, sobre la que podría resultar interesante debatir. Recordemos que, según su número 3, “todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho”. Pues bien, podríamos entender que también el contrato de trabajo temporal abusivo sería nulo, aunque, lógicamente, con los efectos previstos

en el art. 9.2 del ET⁶⁰. Esa nulidad iría acompañada de una compensación económica automática: la prevista en el número 5 de esa disposición. Además, el trabajador podría reclamar a la Administración una indemnización adicional por los daños no cubiertos por esa compensación (arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y art. 31.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Otra opción sería mantener la doctrina del indefinido no fijo, pero aumentando la indemnización, que podría ser equivalente a la del despido improcedente. Como vimos, es la opción que propone la Sala IV del Tribunal Supremo en su cuestión prejudicial.

Ambas propuestas, en todo caso, necesitarían ser completadas con un régimen de responsabilidad riguroso, en la misma línea del régimen italiano, que el TJUE consideró eficaz en la sentencia del asunto Santoro⁶¹. Sin este régimen de responsabilidad, ninguna de las medidas será efectiva, aunque al menos la nulidad evitará mantener “en precario” al trabajador de forma indefinida, con el consiguiente enquistamiento del abuso y las posteriores presiones de estabilización.

Por otra parte, sería también recomendable reflexionar sobre cómo se plantean ante el TJUE las cuestiones prejudiciales, pues una información incompleta no lleva más que a confusión, inseguridad jurídica y esperanzas frustradas.

60 Sobre la nulidad, vid las reflexiones de J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo: el difícil equilibrio entre intereses laborales y de derecho público”, *Trabajo y Derecho*, nº 10, 2015 y de A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada”, cit.

61 Otra medida complementaria podría ser la atribución de funciones que garanticen el ajuste efectivo del empleo a las necesidades permanentes a entes técnicos e independientes de control, supervisión y convocatoria de plazas para alejar la decisión del círculo de interesados y evitar las dinámicas internas que contribuyen, frecuentemente, a congelar y “capturar” el empleo público [Elena y Eva Desdentado Daroca, “Los problemas del abuso de la temporalidad en el empleo público”, en AAVV (A. Sempere Navarro, dir), *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, BOE, Madrid, 2021].

