

EL ABUSO DE LA TEMPORALIDAD EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL COMPLEJO DE PENÉLOPE DEL DERECHO ESPAÑOL*

ANTONIO COSTA REYES

Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

ORCID: 0000-0003-1640-9321

EXTRACTO

Palabras clave: Contratación temporal; Directiva 1999/70/UE; indefinido no fijo; abuso; empleo público

La historia de la falta de adecuación de nuestro ordenamiento jurídico con el marco comunitario viene de lejos, prácticamente desde el origen mismo de la Directiva sobre trabajo de duración determinada. El legislador español no entendió -o no quiso entender- que la transposición correcta de tal Directiva exigía un mayor esfuerzo que el que se realizó, no solo inicialmente, sino incluso tras las actuaciones posteriores.

Por esa razón, para quien ha prestado la debida atención a todo ello, poco le debe sorprender las recientes sentencias de abril y junio de 2024 del Tribunal de Luxemburgo, porque la misma viene a significar la enésima advertencia de que nuestro ordenamiento sigue sin trasponer adecuadamente la Directiva, pero también, y esto es relevante, de que la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal podría no estar haciendo lo suficiente para procurar el efecto útil de la Directiva.

Las siguientes páginas se dedicarán a analizar la doctrina del Tribunal de Justicia en la materia y a cuál ha sido la respuesta interna que Tribunales y legislador, particularmente tras la reformas de urgencia de 2021, han procurado a la cuestión de si en nuestro ordenamiento existen medidas adecuadas y, en concreto, a si es posible o exigible consideración como fijo de la relación temporal objeto de abuso.

ABSTRACT

Keywords: Fixed-term work; Directive 1999/70/EC; non-permanent contracts; abuse of fixed-term relationships; public employment

The lack of adaptation of our legal system to the Community framework goes practically from the very origin of Directive 1999/70/EC. The Spanish legislator did not understand -or did not want to understand- that the correct transposition of such Directive required a greater effort than the one that was made, not only initially, but even after the subsequent actions.

For this reason, for those who have paid due attention to all this, the recent TJUE judgments of 2024 should come as little surprise, but also, and this is relevant, that the case law of our TS may not be doing enough to ensure the useful effect of the Directive. The following pages will therefore be devoted to an analysis of the TJUE's doctrine on the matter and to the response that the Spanish Courts and the legislature have given to the question of whether there are adequate measures in our legal system and whether it is possible or required to consider fixed-term relationships as being subject to abuse.

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación PID2022-139488OB-I00 DER “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco jurídico sociolaboral”, financiado/a por MCIN 10.13039/501100011033.

ÍNDICE

1. A MODO DE CONTEXTO. LA (TRADICIONAL Y EXASPERANTE) INADECUACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL AL MARCO COMUNITARIO.
2. LO QUE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA NOS DEVUELVE (OTRA VEZ)
 - 2.1. Desarrollo de procesos para la cobertura definitiva
 - 2.2. Otras medidas: Responsabilidad por incumpliendo de la normativa en materia de empleo público
 - 2.3. Resarcimiento económico: compensación por cese
 - 2.3.1. Configuración y causa. La compensación no viene a sancionar el incumplimiento del Derecho Comunitario
 - 2.3.2. Cuantía. La compensación no viene a sancionar de manera suficiente y disuasoria
 - 2.4. Reconocimiento como personal estable: de la insuficiencia del INF a la posibilidad de declarar la fijeza.
 - 2.4.1. La declaración como indefinido no fijo no es una medida adecuada.
 - 2.4.2. La posible consideración como fijo a partir de una interpretación conforme
3. ¿Y AHORA QUÉ?
 - 3.1. La indemnización per se como regla general
 - 3.2. La fijeza como posible solución específica

1. A MODO DE CONTEXTO. LA (TRADICIONAL Y EXASPERANTE) INADECUACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL AL MARCO COMUNITARIO

Como sabemos, la historia de la falta de adecuación de nuestro ordenamiento jurídico con el marco comunitario viene de lejos, prácticamente desde el origen mismo de la Directiva sobre trabajo de duración determinada (1999/70/CE). El legislador español no entendió -o no quiso entender- que la transposición correcta de tal Directiva exigía un mayor esfuerzo que el que se realizó, no solo inicialmente, sino incluso tras las actuaciones posteriores. Así, en una primera intervención (RD-Ley 5/2001), se limitó esencialmente a dar respuesta a la exigencia de la cláusula 4ª Directiva, al reconocer el principio de igualdad entre temporales e indefinidos, lo que tampoco evitó cierta inercia de nuestros tribunales por mantener diferencias y que aún llegan a nuestros días¹. Y, por lo que se refiere a las obligaciones que se derivarían de la cláusula 5ª Directiva (prevenir, evitar y sancionar el abuso o sucesión de contratos temporales), solo en un momento posterior, ante el fracaso de

¹ A modo de ejemplo: en materia retributiva; STJUE 09/07/2015 (C177/14); a los efectos de los procesos de selección, STJUE 12/10/2012 (C-302/11 a C-305/11) o del cómputo del tiempo como temporal a efectos de la consolidación del grado (STJUE 30/06/2022, C-192/21).

Debe recordarse la intervención del propio Tribunal Constitucional (SSTC 232/2015, de 5 de noviembre y 22/2018, de 5 de marzo) sobre la adecuación de las exigencias comunitarias y el marco constitucional. En dichas sentencias, el TC no parece considerar que el principio de no discriminación definido en la cláusula 4ª quede integrado dentro del art. 14 CE.

la inicial remisión entonces hecha a la negociación colectiva para que estableciera medidas para evitar el abuso-sucesión de contratos temporales, el RD-Ley 5/2006 reformó el art. 15 LET, incluyendo la previsión de fijeza en los casos de sucesión de contratos temporales en un periodo dado².

Tampoco ayudó a resolver este problema de acomodo a la Directiva la actuación del TS, reacia en gran medida a modificar y ajustar su jurisprudencia a las exigencias de la normativa comunitaria, en la que, lejos de procurar al menos el *efecto útil* de la misma con una *interpretación conforme* de nuestro ordenamiento interno, seguía reproduciendo en gran medida unos planteamientos interpretativos anteriores a la misma y, por tanto, basados solo en una lectura casera y autorreferencial de nuestro marco jurídico. Esta genérica afirmación no supone negar ciertos cambios y matizaciones importantes en algunos aspectos relativos al principio de igualdad (cláusula 4ª) y, en menor medida, en relación al abuso en materia de contratación temporal (cláusula 5ª)³.

Así, en un primer momento fueron las cuestiones relativas a la cláusula 4ª las que exigieron una mayor atención por parte de los tribunales (cómputo de la antigüedad, derechos de promoción, etc.)⁴. Aspecto que, al menos con relación al empleo público, sigue aun evidenciando la necesidad de adecuación, particularmente por parte de la jurisprudencia administrativa, mucho más reacia a aceptar cambios en su rígida y poco *conforme* a lo que requeriría el efecto útil de la Directiva en este ámbito.

² Previsión que, no lo olvidemos, quedó en suspenso desde 2011 -RD-Ley 10/2011- hasta 2012 inclusive -RD-Ley 3/2012, que adelantó unos meses la suspensión que el anterior estableció hasta 31/08/2013.

El RD-Ley 32/2021 culminará hasta ahora ese proceso con la introducción expresa de una sanción para el caso de abuso por rotación en el puesto (de nuevo, ante la práctica inacción de la negociación colectiva al respecto, pese a la remisión hecha en la mencionada norma de urgencia de 2006), y acortando los plazos para reconocer la fijeza en los casos de sucesión de contratos temporales.

³ Con todo, algunos de los más importantes cambios en esa jurisprudencia patria se harán de nuevo desde una perspectiva interna, con escasa o nula apoyadura en la Directiva (*v.gr.*, contrato de obra o servicio en los casos de contratos habituales y ordinarios), cuando no ignorándola (*v.gr.*, el caso del contrato fijo de obra); Costa Reyes, A., “Descentralización productiva y contrato temporal de obra o servicio determinado. A propósito de la STS de 29 de diciembre de 2020”; Trabajo y Derecho, 75/2021 y “Contratos temporales causales. Análisis del art.15 LET para un contexto de posible (y necesaria) reforma” AA.VV. (Garrido, Coord.) Análisis actual de la contratación laboral; Monografías de Temas Laborales Nº 63, Junta de Andalucía/CARL; 2022.

⁴ Capítulo específico implicó la cuestión de la indemnización por extinción de los contratos temporales que dio lugar a diversas sentencias -y contradictorias- del Tribunal comunitario [STJUE de 14/09/2016, C-596/14, Diego Porras I vs SSTJUE de 05/06/2018 (C-677/16 y C-574/16, Montero Mateos); y de 21/11/2018 (C-619/17, Diego Porras II), y de 11/04/2019 (C29/18, C30/18 y C44/18, Cobra)] y que el TS terminó cerrando (STS de 13/03/2019, rec. 3970/2016, ECLI:ES:TS:2019:945). No obstante, desde nuestro punto de vista, el cierre de la cuestión no nos parece que haya cerrado las dudas que se plantean sobre un posible trato discriminatorio (Costa Reyes, A., Contratos temporales causales...; cit.).

Más tarde, el protagonismo de esa inadecuación del marco normativo español correría a cargo de las exigencias de la cláusula 5ª, que es la que reclama la necesidad de medidas proporcionadas, eficaces y disuasorias para garantizar la plena eficacia del Acuerdo Marco destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal (tanto preventivas como, para salvaguardar precisamente el efecto útil de la Directiva, sancionadoras). Protagonismo que se ha debido, en mayor medida, al empleo público⁵, donde la falta de intervención del legislador en este ámbito llevó a nuestro Alto Tribunal a atraer y aplicar la figura del indefinido no fijo (INF) para el caso de los empleados públicos laborales y, por lo que se refiere a las plazas de funcionarios o estatutarios⁶, negando esa posibilidad y limitándose a exigir la prolongación de la relación en tanto la Administración no procediera a la cobertura reglamentaria de tal plaza⁷.

Pronto se evidenciarían las insuficiencias y nuevos conflictos que originarían tales construcciones, con los consiguientes problemas de seguridad jurídica. Así, y por lo que respecta al INF, el Alto Tribunal modificará en numerosas ocasiones aspectos sustanciales de su doctrina sobre el mismo⁸. Por poner algunos ejemplos de esa variable doctrina judicial, mencionaremos tres ámbitos: *uno*, en lo relativo a su naturaleza (mero contrato temporal, luego indefinido, mixto sujeto a condición y, finalmente, a término)⁹. *Otro*, respecto a la propia cuantía de la indemnización por su extinción *ex art.* 49.1, b) LET, esto es, derivada de tal cobertura reglamentaria de la plaza por otra persona distinta al trabajador objeto del abuso, donde sucesivamente pasó de negarla, para después reconocer la propia del contrato temporal¹⁰; hasta

⁵ Recuérdese que tales construcciones alcanzarán al empleo tanto en las AA.PP. en sentido estricto, como en el conjunto del sector público (y no solo para las entidades de derecho público). Entre otras muchas, SSTS (Pleno) de 18/06/2020 (rec. 1911/2018), o de 24/11/2021 (rec. 4280/2020).

⁶ A quienes son aplicables la cláusula 5ª de la Directiva (Acuerdo Marco), por todas, SSTJUE 14/09/2016, C16/15; y 26/11/2014, C-22/13.

⁷ Recuérdese que tal solución derivó de la exigencia por parte del Tribunal comunitario de que tal personal tuviera un tratamiento similar al INF (por todas, STJUE 14/09/2016, Asuntos 184/15 y 197/15). Como consecuencia, posteriormente, la sala de lo contencioso administrativo del Alto Tribunal vendría a declarar la continuidad de la relación (nulidad cese) hasta la cobertura tras la correspondiente convocatoria plaza; por todas, SSTS (C-A) de 26/09/2018 (recs. 785/2017 y 1305/2017) y de 12/05/2022 (rec. 6712/2020).

⁸ En extenso, Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos ¿una historia interminable o una historia terminada?”; Revista de información laboral, 10/2018, y Pérez Guerrero, M.L., El futuro de los trabajadores indefinidos no fijos: una puerta hacia la estabilidad; Aranzadi, 2022.

⁹ Las sentencias clave de tal variación y una importante crítica a lo que ese vaivén respecto a la naturaleza implica y la incoherencia en su plasmación (a efectos de reconocer o no determinados derechos propios del personal fijo de carrera), en Yagüe Blanco, S., “El «indefinido no fijo de plantilla»: estado actual y perspectivas tras la reciente STJUE de 22 de febrero de 2024”; Trabajo y Derecho, 112/2024 (LA LEY 13435/2024).

¹⁰ Por todas, SSTS de 06/10/2015, rec. 2592/2014, ECLI:ES:TS:2015:4420, y 31/03/2015, rec. 2156/2014, ECLI:ES:TS:2015:1768.

que, finalmente, ha impuesto una cuantía equivalente a un despido por causas objetivas¹¹. Y *tres*, en lo relativo a qué debía de entenderse por abuso en los términos de la Directiva (sucesión de contratos), en concreto, cuando formalmente existiera un solo contrato que se prorroga o cuando se producía la extralimitación de los plazos que para la cobertura de tal plaza prevé el art. 70 LEBEP¹².

En el ámbito del empleo administrativo (funcionarios y personal estatutario), como adelantábamos, la rígida y autorreferencial jurisprudencia de este orden, negará a quienes en ese ámbito se vean objeto de tal abuso, el derecho *per se* a una indemnización (ni tan siquiera por la extinción de su relación por la cobertura por un tercero de la plaza que el afectado ocupaba), remitiendo a las vías ordinarias de la responsabilidad patrimonial de la Administración para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que tal abuso le haya producido, los cuales ni se presumen ni puedan equipararse por comparación a la prevista para los laborales INF¹³ ... lo que en la práctica la hace enormemente difícil, ya que carga sobre el perjudicado por el abuso una prueba de enorme complejidad práctica.

En definitiva, a quien ha prestado la debida atención a todo ello, poco le debe sorprender las recientes SSTJUE 22/04/2024 (UNED, asuntos C59, C110 y C159, todos ellos de 2022) y 13/06/2024 (asuntos C331 y C332/22), porque las mismas vienen a significar la enésima advertencia de que nuestro ordenamiento sigue sin trasponer adecuadamente la Directiva, pero también, y esto es relevante, que la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal podría no estar haciendo lo suficiente para procurar el *efecto útil* de la Directiva.

En efecto, para comprender las referidas SSTJUE y sus, en apariencia, contundentes términos, es preciso recordar que dicho Tribunal ha venido insinuando desde hace años que ese incumplimiento del marco comunitario también puede ser producto de cierta inacción de nuestros tribunales a la hora de interpretar nuestro marco regulador. Y es que, como se sabe, el TJUE no puede resolver expresa y definitivamente si nos ajustamos a la referida Directiva ni cómo hacerlo, pues deben ser los Tribunales españoles quienes, sobre la base de las respuestas de aquél, comprueben si nuestro ordenamiento dispone de medidas ajustadas a las exigencias de la referida cláusula 5ª Directiva. En concreto, desde hace tiempo nos viene planteando si a tal efecto responde el reconocimiento como INF de la relación temporal abusiva, o la indemnización prevista para el caso de extinción de la misma o bien el desarrollo de procesos para la cobertura definitiva de tal plaza¹⁴.

¹¹ STS 28/03/2017, rec. 1664/2015, ECLI:ES:TS:2017:1414.

¹² Cuestión que, de nuevo, terminó aclarando el TJUE (STJUE 03/06/2021, C-726/2019) y aceptando *a regañadientes* y con matices el TS (STS 28/06/2021, rec. 3263/2019).

¹³ STS C-A de 21/12/2021, rec. 3565/2019, ECLI:ES:TS:2021:4813; reiterada en su sentencia de 09/05/2023, rec. 5132/2019, ECLI:ES:TS:2023:1927.

¹⁴ Por todas, STJUE 19/03/2020, C-103/18 y C-429/18.

A nuestro modo de ver, la posición autocomplaciente del TS sobre su solución al problema del abuso en el empleo público temporal vía INF (seguida con excesiva condescendencia por parte del TC)¹⁵, queda lejos de esa lectura atenta que reclama el Tribunal de Luxemburgo, como finalmente ha quedado evidenciado en la sentencia que analizamos. Las siguientes páginas se dedicarán, precisamente, a conocer cuál ha sido la respuesta interna -particularmente tras la reformas de urgencia de 2021 (RD-Ley 14/2021 y Ley 20/2021)- a si en nuestro ordenamiento existen esas u otras medidas adecuadas, entre ellas, la posible consideración como fijo de la relación objeto de abuso.

2. LO QUE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA NOS DEVUELVE (OTRA VEZ)¹⁶

2.1. Desarrollo de procesos para la cobertura definitiva

Desde antiguo, el TJUE, tal y como hace en la sentencia que comentamos, venía afirmado que podría ser una medida conforme a la cláusula 5ª el que en nuestro ordenamiento se estableciera la obligatoriedad de articular mecanismos para la cobertura definitiva de los contratos temporales objeto del abuso proscrito por la Directiva. Sin embargo, de la misma forma, advertía que tal conclusión no era predicable de la regulación contenida en el art. 70.1 LEBEP, porque los plazos allí exigidos para desarrollar tales procesos de cobertura quedaban en manos del propio empleador (Administración), ya que no existen mecanismos efectivos que garanticen que los mismo se llevaban a cabo en el plazo legalmente previsto.

Cierto es que, de manera más aparente que real, el legislador de urgencia de 2021 pretendió evitar esa situación, siquiera parcialmente. Así, respecto a situaciones anteriores a al RD-Ley 14/2021 (o la Ley 20/2021), se establecerá la obligatoriedad de procesos extraordinarios de estabilización del personal temporal que ocupara “plazas de naturaleza estructural que (...) estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en

¹⁵ *Vid.* SSTS de 24/11/2021 (rec. 4280/2020), ECLI:ES:TS:2021:4457, y (C-A) 26/09/2018 (rec. 785/2017), ECLI:ES:TS:2018:3250, en relación al ATC 427/2023, de 11 de septiembre y en contraste con el fundamentado Voto particular a esta última y al de Sempere Navarro en aquélla. También Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular en la administración pública. El rayo que no cesa. A propósito de las reformas de 2021 y la jurisprudencia del TS: desde el indefinido no fijo al fijo”; RDS, 103/2023.

¹⁶ Pese a que la sentencia viene referida al personal laboral, consideramos que sus conclusiones son, en general, plenamente extrapolables al personal funcionario. De opinión contraria, Moreno Brenes, P., “Fijos/temporales en el empleo público: el derecho de la UE no puede desplazar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. A propósito de la STJUE de 22 de febrero de 2024, sobre personal indefinido no fijo”; Diario La Ley, 10475/2024 (LA LEY 11241/2024).

los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020” (art. 2), y, más allá incluso, reclamará una convocatoria excepcional para la “consolidación” por la vía de concurso del empleo temporal de larga duración, esto es, (solo) para quienes hubieran estado ocupando plazas “con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016” (DA 6ª Ley 20/2021).

Sin embargo, como ya planteamos en otro momento¹⁷, este macroproceso de estabilización de empleo público temporal para regularizar situaciones anteriores tampoco puede ser considerado como una medida adecuada, entre otras razones, porque solo pretende resolver, en su caso, situaciones abusivas del pasado, por lo que la solución que contiene ni tan siquiera se mantiene, en todo caso, para los (nuevos) casos de abuso. Es más, incluso en situaciones *a pasado*, tampoco podrán beneficiarse quienes, aun siendo objeto de abuso, no cumplan los requisitos del mencionado art. 2 RD-Ley 14/2021.

Añádase, además y por extraño que parezca, que el legislador de urgencia de 2021 “olvidó” mencionar a los INF como destinatarios de tales procesos extraordinarios de estabilización-cobertura, lo que ha debido precisarse con posterioridad a través de instrumentos de dudosa exigibilidad¹⁸. Con todo, en nuestra opinión, la naturaleza temporal del INF debería implicar su inclusión, ya que de la redacción de la reforma de urgencia sobre tales procesos puede colegirse que solo podrán excluirse de la misma aquellos supuestos expresamente previstos¹⁹.

Pero más allá incluso de esas limitaciones subjetivas, lo cierto es que las previsiones normativas sobre el desarrollo de los procesos de cobertura tampoco permitirán colmar las exigencias de la cláusula 5ª, porque, como señalará el TJUE en las sentencias aquí comentadas, pese a que “la convocatoria de tales procesos dentro de los plazos establecidos puede prevenir, en principio, los abusos derivados de la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada a la espera de que dichas plazas se cubran de manera definitiva”, lo cierto es que, pese a las medidas en este sentido de 2021:

Primero, tampoco se ha añadido ninguna garantía de que las AA.PP. cumplan efectivamente y en plazo tales convocatorias (singularmente, respecto a situaciones

¹⁷ Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...; cit.

¹⁸ *Id.* Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, de 01/04/2022. Para *colmo*, tal Resolución no reclama expresamente que tales procesos extraordinarios abarquen a las plazas de los INF que cumplieran con los requisitos del art. 2 RD-Ley 14/2021 (o Ley 20/2021), sino que se limita a establecer que “podrán incluir las plazas ocupadas por personas que hayan sido declaradas como personal indefinido no fijo por sentencia judicial” (Orientación 1.5). No obstante, y solo respecto a la Administración General del Estado, ese potencial se convertirá en exigencia (“incluirán”) en el art. 4 Real Decreto 408/2022.

¹⁹ Así lo inferimos de la STS (C-A) de 25/04/2023, rec. 702/2022, ECLI:ES:TS:2023:1647

a futuro -contrataciones/nombramientos posteriores a la entrada en vigor de aquella normativa de urgencia, DT 2ª RD-Ley 14/2021 y Ley 20/2021), quedando por tanto nuevamente a discrecionalidad de la Administración-empleadora. Reiterará así el TJUE que también ahora, pese a los plazos concretos previstos en el art. 70.1 LEBEP “para que la Administración de que se trate convoque tales procesos, en realidad dichos plazos no se respetan y esos procesos son poco frecuentes”.

Tal afirmación no quedará cuestionada, como luego veremos, por el hecho de preverse una supuesta responsabilidad por el incumplimiento de las previsiones en materia de contratación temporal (DA 7ª LEBEP, introducida por el RD-Ley 14/2021 y continuada por la Ley 20/2021).

Y segundo, y más importante, la propia configuración de los procesos extraordinarios de cobertura contemplados en la reforma de urgencia de 2021 evidencia que responden a otra finalidad (distinta a la de la Directiva): la de reducir la temporalidad en el ámbito del empleo público²⁰. Por tanto, tal previsión “no exime (...) del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada”; y ello porque “esos procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos, en general, a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso”²¹.

En otras palabras, “dado que la convocatoria de dichos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones laborales ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión” (STJUE 22/04/2024, UNED, § 117-119).

Es cierto que quizás pueda matizarse esta última afirmación²², en tanto que los procesos extraordinarios previstos en el RDL 14/2021 (y en Ley 20/2021, especialmente, en su DA 6ª) sí tuvieron en consideración esas situaciones de abuso anteriores, como se refleja en los mecanismos de valoración de las pruebas (concurso-oposición, posibilitando que esas fases no sean eliminatorias entre sí y valorándose con un 40% el concurso, esencialmente vía experiencia en el nivel -simplemente vía concurso, para los supuesto de la mencionada DA 6ª Ley

²⁰ La propia reforma se de urgencia de 2021 así lo confirma, no solo desde su propia terminología (art. 2 Ley 20/2021/RD-Ley 14/2021 Procesos de estabilización de empleo temporal en el empleo público), sino esencialmente sobre la base de justificación, ya que se vinculan a las medidas dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia -PRTR-, en el Componente 11 “Modernización de las Administraciones públicas” de la Palanca IV (Una administración para el siglo XXI).

²¹ STJUE 19/03/2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, §100 y 101.

²² Casas Baamonde, M.E., “Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación

20/2021-). Sin embargo, también es innegable que las pruebas son abiertas y no garantizan, en todo caso, la cobertura definitiva de la plaza por el afectado, de ahí lo acertado de la conclusión del TJUE respecto a la plena adecuación de tal medida a los efectos de la cláusula 5ª.

2.2. Otras medidas: Responsabilidad por incumpliendo de la normativa en materia de empleo público

En alguna ocasión, el TJUE ha considerado que la imposición de responsabilidades a las AA.PP. y a sus directivos en materia de personal que infrinjan las normas relativas a la selección o a la contratación puede ser una medida acorde a la cláusula 5ª Directiva, ya que, en ciertos casos, permite prevenir y evitar el abuso (por todas, STJUE de 07/03/2018, C-494/16, Santoro).

En esta línea parecerían estar diversas previsiones contenidas en la legislación de urgencia de 2021 (aunque desde 2017 ya existían otras similares), en particular, la recogida en los dos primeros apartados de la ya referida DA 17ª LEBEP, pues con ella se pretende tanto reforzar el cumplimiento de la normativa que regula la contratación temporal, especialmente, el periodo máximo de duración de los contratos de interinidad por vacante (y en general de cualesquiera temporales), como reafirmar, indirectamente, la obligatoriedad de que los procesos selectivos para la cobertura definitiva de tales plazas se lleven a cabo en el plazo máximo de 3 años (art. 70.1, *in fine* LEBEP). Para ello, se introducirán medidas que, supuestamente, impedirían extender tales relaciones de interinidad más allá de ese plazo o de los periodos máximo de vigencia (*vid.* art. 10.4 LEBEP), incluida la exigencia de responsabilidad a quienes incumplan las previsiones dirigidas al control de la temporalidad.

No obstante, como expresa y contundentemente señalan las SSTJUE que comentamos, y tal y como ya hemos sostenido en otro lugar, tal previsión no satisface la exigida garantía de efectividad, ni tan siquiera respecto a los potenciales trabajadores a quienes va destinado (recordemos que la misma solo será de aplicación al personal empleado con posterioridad a la entrada en vigor de la norma de urgencia de 2021), lo que refuerza la insuficiencia de tal medida²³. Ciertamente, la supuesta medida *responsabilizadora* derivada de la DA 17ª LEBEP tiene tal grado de ambigüedad y de abstracción que no permite que sea efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula 5ª. En este sentido, para evidenciar esa insuficiencia, se recuerda por parte de los órganos judiciales que plantean la cuestión prejudicial que no se “tiene constancia de que se haya exigido responsabilidad a ninguna Administración

de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión”; Revista de Jurisprudencia Laboral, 2/2024.

²³ Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...; cit.

Pública por haber promovido o suscrito sucesivos contratos temporales” (STJUE 22/04/2024, UNED, § 112).

De todo cuanto antecede, la comentada STJUE 22/04/2024 (UNED, C59, C110 y C159/2022) negará validez a tal previsión, a efectos de la mencionada cláusula 5ª, sobre la base de los siguientes argumentos: primero, porque “la expresión «actuaciones irregulares» no está definida y, por lo tanto, es demasiado imprecisa para permitir la imposición de sanciones o la imputación de responsabilidades que cumplan con un principio de tipicidad y certeza”. Y segundo, porque “estas disposiciones nacionales no especifican las responsabilidades que se pueden exigir y se limitan a remitirse a «la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas», que no puede identificarse”.

En definitiva, no parece que la medida implementada en el ordenamiento español vaya a garantizar, *per se*, que se eviten los abusos o la celebración en plazo de tales procesos de cobertura definitiva, pues sin el correspondiente desarrollo, esta normativa carece de eficacia práctica.

Y como observa el Tribunal de Luxemburgo, la regulación española sobre tal responsabilidad queda lejos de las características que permitieron reconocer como adecuado a estos fines el mecanismo italiano de responsabilidad de las Administraciones, al que se refiere la ya señalada STJUE de 07/03/2018 (C-494/16). En efecto, la falta de contundencia de la previsión española contrasta con alguna de las medidas que el ordenamiento italiano contemplaba en este sentido, por ejemplo, a) estableciendo que las administraciones están obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave. Además, b) esta infracción se tiene en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. Igualmente, c) se dispone que las administraciones que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción²⁴.

En todo caso, es oportuno observar que ni siquiera con tal alcance estas medidas *responsabilizadoras* evitarían la necesidad de adoptar otras de carácter reparador, por cuanto que, producido el abuso vedado por la Clausula 5ª Directiva, sería necesario resarcir a quien se viera afectado, como también contempla la previsión italiana.

²⁴ Por contraste, *vid.* STSJ Andalucía/Sevilla, 856/2024, ECLI:ES:TSJAND:2024:1: “(...) el que se prevean responsabilidades disuasorias en el sector público es una quimera, basta ver el decurso de la DA 17ª EBEP, introducida por el RD Ley 14/2021, no desarrollada por ninguna CCAA

2.3. Resarcimiento económico: compensación por cese

El legislador de urgencia introducirá también ciertas medidas económicas que, afirmará, servirán para ajustarnos a las exigencias comunitarias. Así, y respecto a esas situaciones que denominábamos *a futuro*, la DA 17ª LEBEP ofrece dos previsiones que la propia normativa de 2021 (E.MM, II y III) considera como un “mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio para el cumplimiento del deber de evitar abusos en la temporalidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, esto es, para cumplir con la cláusula 5ª Directiva: una, que ya hemos analizado en el apartado anterior, de exigencia de responsabilidades. Y otra, consistente en la fijación de una compensación económica para los casos de incumplimiento del plazo máximo de vigencia del contrato temporal cuando el trabajador afectado cesa definitivamente. Compensación que también está prevista *a pasado* (ex art. 2 Ley 14/2021 -y Ley 20/2021-) para quienes no superen los referidos procesos extraordinarios de estabilización de empleo temporal allí previstos.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista y como vendrán a confirmar las SSTJUE aquí comentadas, tal compensación tampoco será una respuesta adecuada a las exigencias de la cláusula 5ª Directiva (suficiente y disuasoria), tanto por la propia razón de ser (configuración y causa del nacimiento) como por razones materiales (*quatum*).

2.3.1. Configuración y causa. La compensación no viene a sancionar el incumplimiento del Derecho Comunitario

Como adelantábamos, las reformas de 2021 preveían tal compensación en favor tanto de quienes, a partir de la misma, vieran prolongado su contrato temporal más allá del plazo de vigencia legalmente previsto (DA 17ª LEBEP), como de quienes ya venían sufriendo tal extralimitación y no superasen los procesos extraordinarios de estabilización allí contemplados (art. 2 RDL 14/2021 -y de la Ley 20/2021 y DA 6ª de la misma-)

Refiriéndonos ahora a las situaciones *a futuro* (DA 17ª LEBEP), debemos comenzar subrayando su limitado alcance objetivo y subjetivo -y, con ello, desechando lo adecuado de tal medida a efectos comunitarios-, ya que tal compensación está prevista exclusivamente para el personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la entrada en vigor de tal normativa de urgencia de 2021 y, además, solo en el supuesto de “incumplimiento del plazo máximo de permanencia” fijado para cada contrato temporal, por lo que quedan fuera otros

al día de hoy; y, por supuesto jamás veremos medidas del tipo de que las administraciones estén obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección, o de que en los procedimientos judiciales sea obligatoria la constitución de la legitimación pasiva demandándolos como responsables solidarios, etc, etc.”.

casos de encadenamiento o sucesión abusiva de contratos²⁵. Sin duda, llama la atención lo restringido del supuesto que dará lugar a la compensación, al menos desde la perspectiva comunitaria, porque deja fuera como decimos el supuesto ordinario del art. 15.5 LET (en los términos de la DA 15ª LET).

Pero además de tales insuficiencias, hay otro dato que es el que lleva al TJUE a excluir su adecuación, y es que el derecho a tal compensación solo tiene lugar, *nace*, tras el cese efectivo del trabajador afectado. Es decir, con ello parece evidenciarse que lo que justifica el percibir esa compensación, y ni siquiera siempre, es la extinción-cese y no el mero abuso.

En definitiva, y respecto a las situaciones *a futuro* (DA 17ª LEBEP), nada impide que se pueda incumplir el plazo de 3 años (*ex arts.* 10.4, 2º y 70 LEBEP) ni, en general, la normativa relativa al empleo temporal, en especial, la vigencia máxima de la relación temporal (y que, como sabemos y luego analizamos, daría lugar a una sucesión de contratos a efectos de la Directiva); y en ese caso, sin que necesariamente nazca el derecho a la compensación, ya que la misma no tiene lugar por la mera superación de cualesquiera de aquellos plazos máximos, sino “a partir de la fecha del cese efectivo”²⁶. Pero como decimos, ni tan siquiera siempre. En efecto, y en esta línea de evidenciar que dicha compensación no sanciona *per se* el abuso, debe tenerse en cuenta que, incluso producido ese cese, la compensación no nace cuando la causa de la extinción de la relación de trabajo responde a razones disciplinarias o a la mera dimisión voluntaria por parte del trabajador... o, incluso, si el trabajador continua en dicha relación (entre otras, bien porque sea él quien obtenga la plaza tras el proceso de cobertura reglamentario o bien, porque, de ser funcionario interino, acontezca la excepción que permite la sucesión y extensión del contrato prevista en el art. 10.4 LEBEP).

Y por lo que se refiere a los abusos *a pasado* (art. 2 RD-L 14/2021 -y Ley 20/2021-), la compensación solo tiene lugar para el caso de que el trabajador afectado concorra a tal convocatoria excepcional de su plaza y no la obtenga, excluyéndose, por tanto, si la obtiene o si simplemente no se presenta a dichos procesos de estabilización extraordinarios. En esta línea, la desvinculación de tal compensación y el abuso sufrido se evidencia también porque la norma exige, para ser beneficiario de la misma, que se estuviera en activo en tal condición (funcionario interino o laboral temporal), es decir, tampoco se reconoce en caso

²⁵ Recuérdate que lo que deba entenderse por sucesión de contratos a estos efectos no queda a la libre decisión de los estados, precisamente por su incidencia en el efecto útil de la Directiva, de ahí que tampoco cualquier interrupción entre contratos temporales excluiría la aplicación de la cláusula 5ª; por todas, STJUE 04/07/2006 (C-212/04).

²⁶ Lo que, por otro lado, parece confirmar que, superado el plazo máximo de vigencia, no tiene lugar la extinción automática de la relación (como algunos autores infieren del art. 10 y la mencionada DA 7ª LEBEP), sino que es posible que el trabajador continúe hasta un momento posterior, el del cese efectivo. En extenso, Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...; cit.

de que quien, aun habiendo sido objeto de abuso, ya no tuviera tal consideración en el presente (*v.gr.*, porque ya no estuviera en activo por haberse extinguido tal relación temporal con anterioridad o por emplearse en otra plaza fija que hubiera obtenido, etc.).

En resumen, tal compensación no puede entenderse, ni siquiera para los supuestos allí previstos, como una solución al menos parcial y alternativa -a la no transformación en fija de la relación laboral de duración determinada abusiva-. Y así lo entienden las SSTJUE que comentamos cuando en ellas se afirma que tal compensación “no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión (...), porque tal abono por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos”. Aunque tal conclusión solo viene referida para las situaciones *a pasado*, creemos que, sobre la base de esos mismos argumentos, tal conclusión es extrapolable a la compensación prevista para los incumplimientos del plazo de vigencia máxima (DA 17ª LEBEP)

Y en esta lógica, debemos recordar que ya desde tiempo atrás el “Tribunal de Justicia ha considerado que el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5ª del Acuerdo Marco (*cuando*) tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”²⁷.

2.3.2. *Cuantía. La compensación no viene a sancionar de manera suficiente y disuasoria*

Como expresamente resolverá la STJUE 13/06/2024(C-331/22 y C-332/22), § 81-82 y 91, la compensación tampoco parece que pueda satisfacer materialmente la finalidad de la sanción que se derivaría de la cláusula 5ª, por cuanto que su cuantía no permite considerarla una sanción disuasoria y efectiva frente “a los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de la normativa comunitaria” (cláusula 5ª Directiva)²⁸.

En concreto, dispone la norma, la cuantía de tal compensación será, de un lado, y para el personal funcionario, el equivalente a 20 días de sus retribuciones

²⁷ STJUE 03/06/2021 (C-726/19), § 73-74 (la *cursiva* es nuestra)

²⁸ STJUE 19/03/2020 (C-103/18 y C-429/18): “es necesario además que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula”. En esta línea, Casas Baamonde, M.E., Informe “*Temporalidad...*”; cit., pp. 44.

fijas por año de servicio, hasta un máximo de doce mensualidades. En el supuesto de los casos *a futuro* (DA 17ª LEBEP), además, esa antigüedad se referirá solo al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento, sin incluir la correspondiente por anteriores relaciones de trabajo a las que pudiera suceder aquél.

En nuestra opinión, más bien, se pretende esencialmente responder a la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso administrativo, que, como adelantábamos, excluía una indemnización automática y, de alguna forma, como ahora veremos, establecer cierto paralelismo -aunque en menor cuantía (pues solo se atiende a la antigüedad del contrato afectado y respecto a partidas fijas)- con la solución indemnizatoria que la Sala de lo social del TS reconocía para el caso de extinción del INF por la cobertura reglamentaria de la plaza por un tercero²⁹.

En cualquier caso, respecto al valor que tal compensación podría tener a efectos de la Directiva (en cuanto medida sancionatoria disuasoria y efectiva) -y confirmando así la conclusión de la mencionada STJUE de junio-, baste advertir que, pese a existir la referida indemnización por extinción en el ámbito laboral (cuya cuantía, repetimos, es superior a la que se prevé para la compensación ahora prevista), lo cierto es que no parece que haya servido como medida sancionadora efectiva y disuasoria, pues no se percibe un cambio en la actuación irregular o una minoración del abuso, sino que, más al contrario, parece que la misma ha servido de “traje a medida” de las Administración incumplidora, que ve reconocida una causa específica de extinción sin las exigencias y costes propios de los despidos por causas objetivas³⁰.

De otro lado, respecto al personal laboral temporal, tal compensación equivaldrá a la diferencia “entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato”. De nuevo, para los casos *a futuro*, la antigüedad para determinar la cuantía de la compensación vendrá “referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento”. Como puede observarse, a diferencia de lo previsto en el ámbito funcionarial (y estatuario), se advierte ahora que tal compensación es independiente de la que

²⁹ Así parece reconocerlo nuestro Alto Tribunal, que en varios pronunciamientos expresará claramente la necesidad y urgencia de la reforma en la materia, pues en ellos vino a afirmar que la pretensión indemnizatoria del personal funcionario cesado sólo tendrá respaldo legal tras las reformas de 2021, y que precisamente por ello (*ratione temporis*), se les negó a las situaciones anteriores; por todas, SSTS de 30/11/202, rec. 6302/2018 (ECLI:ES:TS:2021:4532) -que se refiere al RD-Ley 14/2021- y de 09/05/2023, rec. 5132/2019 (ECLI:ES:TS:2023:1927) -que hace lo propio en relación a la Ley 20/2021.

³⁰ STSJ Madrid nº 944/2023, de 27 de octubre (ECLI:ES:TSJM:2023:11782). A mayor abundamiento, añade esta sentencia, al estar tasada tal indemnización (12 mensualidades, solo partidas fijas, solo respecto al tiempo del contrato viciado, etc.), es manifiestamente insuficiente para disuadir de perpetrar la situación, especialmente, porque a partir de los 18 años en tal situación, el tiempo superior ni tan siquiera se tomaría en consideración en el *quatum*.

podiera corresponder en el ámbito laboral. Que así se señale deriva, precisamente, de la diversa solución judicial que ya hemos adelantado que existe actualmente respecto al derecho a tal indemnización para el de cese de uno u otro tipo de empleado público.

En cualquier caso, es evidente que, con esta intervención del legislador de urgencia de 2021, se confirma que esa indemnización ya admitida en el orden social no podía ser catalogada como medida adecuada a los efectos de la cláusula 5ª. En efecto, y como ahora explicamos, “la indemnización que recibe el trabajador indefinido no fijo por extinción del contrato de trabajo no supone una penalización o sanción para la administración que contrata ilícitamente (tampoco lo es en caso de contrataciones lícitas), sino una compensación al trabajador por la pérdida de su empleo”³¹, pues no percibe una cuantía distinta a la que le hubiera correspondido de conformidad a la regulación laboral para supuestos equivalentes (despido improcedente o por causas objetivas).

Retomando el tema de cuál sea esa indemnización que *a priori* le corresponde conforme a la legislación laboral y si, junto a la compensación, permite un *quantum* suficientemente disuasorio frente al abuso, caben dos opciones: o bien la que ya se fijó para el caso de extinción del INF o bien considerar que, tras la reformas de 2021 y 2022 la indemnización será ahora prevista para el caso de extinción del contrato temporal: doce días de salario por año de servicio (art. 49.1, c LET) o la fijada en la normativa específica (*v.gr.*, LETT). A nuestro parecer, debe excluirse esta última posibilidad, y no solo por su limitado alcance, ya que tal indemnización solo se prevé para el contrato por circunstancias de la producción, pero no para el de interinidad (que es el supuesto en el que en más ocasiones de incurre en el incumplimiento sancionado). Ciertamente, tal opción debe rechazarse, además, porque tal solución indemnizatoria exigiría que el contrato se ajuste a la temporalidad del art. 15 LET, lo que no parece que pueda sostenerse cuando se superaron los plazos máximos de vigencia³².

Por tanto, sostenemos que también ahora debe mantenerse la indemnización que el TS, con anterioridad al RD-Ley 14/2021, ya venía reconociendo en favor de quienes veían extinguida esa relación INF como consecuencia de la causa específica prevista (*ex art.* 49.1, b LET: cobertura definitiva de la plaza que ocupaban por parte

³¹ Sepúlveda Gómez, M., “Ineficacia de la conversión en indefinido no fijo en el sector público conforme a la Directiva 1999/70/CE. Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-86/14, de 11 de diciembre de 2014”; *Temas Laborales*, 129/2015, pp. 233.

³² En extenso, Costa Reyes, A., “La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021”; *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 467, 2022.

de un tercero³³): la equivalente al despido por causas objetivas: 20 días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades (art. 53.1, b LET)³⁴. Obsérvese, por lo que ahora interesa, que esta percepción económica no se preveía como sanción al abuso, sino como consecuencia de la extinción de tal relación INF y sobre la base del *principio de igualdad* en el tratamiento de situaciones materialmente equivalentes (pues operaba a modo de cese por causas organizativas)³⁵.

Es cierto que, si el personal laboral reclamase judicialmente, podría obtener una indemnización superior: bien porque el despido se considere improcedente o bien porque el trabajador afectado hubiera mantenido anteriores o posteriores contratos temporales con tal AA.PP. y fuera susceptible de aplicarse la doctrina judicial de la “unidad esencial del vínculo”³⁶. Pero estos supuestos, como decimos, solo acontecerán previo reconocimiento en la vía judicial, y en tal caso, se prevé por la legislación de urgencia de 2021 que “se procederá a la compensación de cantidades”, lo que parece apuntar a que si la cuantía fijada judicialmente fuera superior a lo percibido inicialmente con la extinción (indemnización y compensación), solo se abonará la diferencia...de modo que, en la práctica, el trabajador solo percibirá la cuantía indemnizatoria que le hubiera correspondido como a cualquier otro trabajador no afectado por este concreto abuso.

En definitiva, lo que pretendemos poner ahora de manifiesto es que puede ocurrir que, en caso de extinción del INF por tal circunstancia, no haya materialmente *compensación* o su cuantía sea mínima (lo que impide su consideración como suficientemente disuasoria). Así lo hemos ejemplificado en el supuesto de que el trabajador reclame judicialmente contra el cese (y que dará lugar a la compensación de cantidades), pero cuando para la indemnización laboral solo se computa la relación temporal en cuestión y el salario de referencia solo incluyera partidas fijas o las variables sean marginales con relación al total, ya que en este supuesto no hay (casi) diferencia.

³³ Como viene ocurriendo hasta ahora, STS 31/10/2023, rec. 1576/2022 (ECLI:ES:TS:2023:4591).

³⁴ STS 28/03/2017, rec. 1664/2015 (ECLI:ES:TS:2017:141). Observa la jurisprudencia que, al tratarse de una causa específica de extinción (*ex art. 49.1, b LET*), no sería preciso seguir el proceso extintivo ni las formalidades previstas en los arts. 51-53 LET; por todas, STS 23/03/2022, rec. 1236/2020 (ECLI:ES:TS:2022:1343). En consecuencia, y en sentido contrario, de pretenderse la amortización *ante tempus*, sí debiera cumplirse con los requisitos causales y formales *ex arts. 51 y sgs, LET*; SSTS 08/07/2014, rec. 2693/2013 (ECLI:ES:TS:2014:3514), y de 28/03/2017, rec. 1664/2015 (ECLI:ES:TS:2017:141). Y, del mismo modo, considera el TS que corresponde la declaración de improcedencia de la extinción de un INF en caso de que la plaza se hubiera ofertado como de personal funcionario (incluso aunque así estuviera catalogada en la RPT), por todas, SSTS de 07/07/2015, rec. 2598/2014 (ECLI:ES:TS:2015:3307) y de 09/06/2016, rec. 25/2015 (ECLI:ES:TS:2016:3087).

³⁵ En extenso, Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...; cit.

³⁶ Sobre el tema, SSTS 09/12/2020, rec. 3954/2018 (ECLI:ES:TS:2020:4285), de 08/03/2007, 175/2004 (ECLI:ES:TS:2007:3871); de 21/03/2002, rec 2456/2001 (ECLI:ES:TS:2002:9451).

En definitiva, también por esta razón material podemos concluir que la compensación no busca, *per se*, para sancionar el abuso, sino que más pareciera que la misma tiene “como finalidad «una minoración de la litigiosidad», a sabiendas de que la atribución de la compensación económica es automática y no requiere decisión judicial”³⁷.

2.4. Reconocimiento como personal estable: de la insuficiencia del INF a la posibilidad de declarar la fijeza

2.4.1. La declaración como INF no es una medida adecuada

Como adelantábamos, el TS llegó a la conclusión -no sin dudas por parte de algunos de sus miembros- de que el TJUE había confirmado lo acertado de la figura del INF como medida ajustada a la cláusula 5ª de la Directiva. Sin embargo, como también hemos tenido la oportunidad de manifestar en otro momento³⁸, únicamente una lectura interesada o en clave *casera* podía llevar a tal resultado, porque no solo debemos recordar que el origen de la creación jurisprudencial de tal figura respondió a una cuestión ajena a las exigencias de la Directiva (el referido equilibrio entre los reclamos de la legislación laboral, de un lado, y, de otro, los principios y normas que rigen el acceso al empleo público)³⁹; sino también porque la misma no se ajusta a la visión dicotómica (temporal/indefinido) de la contratación laboral propia de la perspectiva comunitaria, la cual choca a todas luces con la “plasticidad” y el carácter híbrido que desde nuestro país se le otorga al INF.

Lo señalado exige el análisis de por qué la figura del INF no solo no da respuesta adecuada para dar cumplimiento a las exigencias de la cláusula 5ª, sino que incluso queda dentro del ámbito de aplicación-protección de la propia Directiva 1999/70/CE:

Primero, porque tal figura es, a estos efectos, una relación de trabajo de duración determinada⁴⁰. Tal y como ha venido sosteniendo el TJUE, la sentencia de 22/04/2024 (UNED) comentada reafirma que el elemento característico de un contrato de duración determinada es “la circunstancia de que el término de un contrato de ese tipo viene determinado por «condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado» (...)” Y, en este sentido, concluye respecto

³⁷ Cialti, P-H., “Las reformas laborales de 2021...”; cit.

³⁸ Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...”; cit.

³⁹ Se entiende así que tal figura se utilizara como solución general a cualesquiera casos de incorporación de un trabajador a la plantilla de las AA.PP. fuera de los procedimientos legalmente establecidos para la cobertura de plazas... salvo, finalmente, para el caso de reversión de empresas/contratas; Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...”; cit.

⁴⁰ AATJUE 11/12/2014, C-86/14, y 26/04/2022, C-464/21.

a nuestro caso que, mientras que “la extinción del contrato de un trabajador fijo está sujeta a las causas de extinción y a las condiciones generales establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo está sujeta, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a una causa de extinción específica. Así pues (...) un contrato indefinido no fijo, cuya duración está limitada por la producción de un hecho o acontecimiento determinado, a saber, la adjudicación definitiva de la plaza ocupada por el trabajador, (tiene) la condición de «trabajador con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco” (§ 63-65).

Segundo, porque la declaración como INF no excluye la existencia del *abuso* perseguido por la norma comunitaria. En efecto, y partiendo de la conclusión del párrafo anterior, precisa el TJUE en su sentencia de abril que, si bien y en principio, la cláusula 5ª de la Directiva se aplica para el caso de sucesión de contratos y, por tanto, la exigencia de adopción de medidas preventivas y sancionadoras reclamadas no serían predicables en el caso de un único contrato; no menos cierto es que “la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente” (§ 82).

Para llegar a tal resultado, la sentencia europea comenzará advirtiendo que, pese a que corresponde a los EE.MM. determinar “las modalidades concretas de aplicación del término «sucesivos», a efectos del Acuerdo Marco”, no menos cierto es que “el margen de apreciación así atribuido a las autoridades nacionales no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o la efectividad del Acuerdo Marco”. Tal limitación (dirigida a todas las autoridades, no solo al legislativo, sino también a los propios jueces) es particularmente necesaria respecto de la exigencia un concepto clave, como es el de “sucesivas relaciones laborales”, ya que “resulta decisivo para determinar el propio ámbito de aplicación” de la Directiva (§ 72-74).

Aplicada dicha advertencia a nuestro caso, el TJUE resolverá (§ 75, 78 y 80) que, “cuando un trabajador es declarado «trabajador indefinido no fijo», esta declaración (...) tiene como efecto sustituir por tal condición los contratos temporales que dicho trabajador haya podido celebrar anteriormente, de modo que, con dicha declaración, la relación laboral en cuestión pasa a ser, desde el inicio, una relación laboral indefinida no fija. De este modo, los contratos temporales celebrados con anterioridad dejan de estar vigentes y dicho trabajador queda vinculado desde el principio por un único contrato indefinido no fijo”⁴¹. Y es

⁴¹ Sobre esa interpretación, resulta interesante la STS 18/05/2022 (rec. 4088/2020), cuando afirma que el encadenamiento “revelaría la existencia de una unidad esencial del vínculo, en

precisamente este resultado el que puede generar un problema mayor respecto a la Directiva, pues “concluir que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada, a efectos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, por la mera razón de que un trabajador esté vinculado a la Administración de que se trate mediante un único contrato indefinido no fijo, mientras que (...), por un lado, este último contrato, también de naturaleza temporal, sustituye, como sanción, a sucesivos contratos temporales y, por otro lado, la permanencia de este trabajador indefinido no fijo en la plaza en cuestión se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de convocar, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de dicha plaza, de modo que su relación laboral, en consecuencia, ha sido renovada tácitamente durante varios años; podría comprometer el objeto, la finalidad y la efectividad de dicho Acuerdo Marco”. (...) Además, dicha interpretación restrictiva podría tener por efecto no solo excluir, en la práctica, un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco, vaciando de gran parte de su contenido el objetivo perseguido por estos, sino también permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empleadores para satisfacer necesidades permanentes y estables (...)”

En definitiva, las meras “prórrogas automáticas de dicho contrato de duración determinada pueden asimilarse a renovaciones y, por consiguiente, a la celebración de distintos contratos de duración determinada”. De lo que deducirá el TJUE que esos casos (como ocurre con el INF) “no se caracterizan por la celebración de un único contrato, sino por la celebración de contratos que efectivamente pueden calificarse de «sucesivos» a efectos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco” (§ 81).

Este planteamiento no es tampoco una novedad, pues responde a la línea interpretativa de dicho Tribunal orientada a evitar prácticas e interpretaciones internas que pudieran vaciar la Directiva. Así, baste recordar ahora que con anterioridad había apreciado sucesión de contratos temporales cuando exista prórroga de uno ya existente, esto es, aunque formalmente no se celebren nuevos contratos posteriores, ya que la «duración» de la relación laboral constituye un elemento esencial de todo contrato de duración determinada”, por lo que la modificación de la fecha de finalización inicialmente prevista (*v.gr.*, mediante prórroga -incluso automática- o novación) constituye un cambio esencial de dicho contrato, “que puede legítimamente asimilarse a la celebración de una nueva relación laboral de duración determinada que suceda a la anterior relación laboral, comprendida, de este modo, en el ámbito de aplicación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco”⁴². Y esto es lo que ocurre cuando, superado el plazo previsto

definitiva, de un único contrato, tal como se desprende de una adecuada interpretación y aplicación del Acuerdo Marco sobre trabajos de duración determinada incorporado a la Directiva 99/70/CE (STJUE de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04)”.

⁴² SSTJUE, 11/02/2021 (C-760/2018), particularmente, §39 y sgs. y de 03/06/2021 (C-726/19) §36 y sgs. Asumida en la STS 28/06/2021, rec. 3263/2019 (ECLI:ES:TS:2021:2454). A

para la convocatoria de la plaza para su cobertura definitiva (art. 70 LEBEP), la misma no ha tenido lugar, por lo que, también entonces existirá el abuso... como ya advirtiera la STJUE de 03/06/2021, C726/19 (IMIDRA), y que terminó por provocar el cambio en la doctrina del Tribunal Supremo⁴³.

Y finalmente, tercero, porque el INF ni tan siquiera permite servir de excepción a la renovación de los contratos temporales *ex letra a*) de la cláusula 5ª apartado 1 Directiva, como en el caso defendió el Gobierno español, quien alegó que la adecuación a los principios constitucionales era una razón objetiva para la renovación o sucesión del contrato temporal más allá del plazo previsto para la convocatoria de las plazas. Frente a ello, como decimos, el TJUE responderá en la sentencia de abril (UNED) que aquella disposición de la Directiva “se refiere a las razones objetivas que justifiquen la «renovación» de los contratos de duración determinada y no a las razones objetivas que justifiquen la aplicación, como tal, de un tipo de contrato, como el contrato indefinido no fijo” (§ 95). Recuérdese una vez más, como adelantábamos *supra*, que la creación del INF no respondía en realidad a las exigencias del marco comunitario, sino a intentar con ello adecuar los principios de acceso al empleo público con las consecuencias que en el ámbito privado se derivan de las irregularidades sustanciales o abusos en la contratación temporal.

En resumen, el INF, lejos de ser una medida adecuada a lo exigido en el ámbito comunitario para evitar el abuso (cláusula 5ª) -y para hacer realidad que la relación indefinida es la forma común de relación entre trabajadores y empresarios (Preámbulo Directiva)-, lo que implica es precisamente lo contrario, ya que permite perpetuar la situación de temporalidad y no disuade ni sanciona al empleador que así abusó.

la misma conclusión se llega para los casos de prolongación del contrato temporal en los que concurra algún elemento novatorio distinto, por accesorio que sea, en extenso Costa Reyes, A., “Descentralización productiva y contrato temporal...; cit.

⁴³ STS 28/06/2021, rec. 3263/2019 (ECLI:ES:TS:2021:2454). Sobre el tema, Costa Reyes, A., “De un (no) abuso del Decreto-ley a un posible (nuevo) intento de *lawfare*. Comentario a la STC 145/2023, de 25 de octubre, sobre la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”; RDS, 104/2023.

Con todo, debe advertirse y precisarse que el TS sigue señalando que la mera superación del plazo de 3 años prevista en el art. 70.1 LEBEP no implica la automática consideración como INF en todo caso, de modo que habrá que estar al caso concreto. Y, este sentido, tal conversión no ocurrirá cuando se acredite por la AA.PP. “la concurrencia de circunstancias extraordinarias y excepcionales que impiden calificar como irregular, abusiva y fraudulenta su actuación”. La razón es que la declaración como INF se sustenta “en el irregular proceder de la entidad pública contratante, que incurre en abuso de derecho al mantener indebidamente ese vínculo laboral sin activar los obligados mecanismos legales para la definitiva cobertura de la plaza”, por tanto, su razón de ser no es solo porque “su duración resulte “inusualmente” larga, sino porque es además “injustificada””; SSTS 19/12/2023, rec. 4895/2022 (ECLI:ES:TS:2023:5873) y de 20/02/2024, rec. 5018/2022 (ECLI:ES:TS:2024:1052).

Ni que decir tiene que, si esta es la conclusión respecto al INF, mayor razón hay para sostener la insuficiencia de la solución dada para el ámbito funcional y estatuario, donde, recordémoslo una vez más, ni tan siquiera se producirá un cambio en la relación de trabajo, sino una mera prolongación de la relación de interinidad más allá del plazo inicialmente posible.

2.4.2. *La posible consideración como fijo a partir de una interpretación conforme*

Se trata, sin duda, de la cuestión más relevante y en apariencia, novedosa de las comentadas SSTJUE de 2024. Para una adecuada explicación del alcance de lo que dichas sentencias aportan en este tema es necesario, a nuestro entender, tomar en consideración algunas cuestiones previas.

Así, y en primer lugar, el TJUE ha afirmado en todo momento -y reitera en la sentencia comentada- que la Directiva comunitaria no contiene concretas medidas para sancionar el abuso, siendo ésta una cuestión que compete a los EE.MM. Por tanto, no es posible una aplicación directa de la Directiva, porque su cláusula 5ª no es “incondicional y suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional” (§ 129), ni tampoco -añadimos nosotros- la inaplicación de las medidas que lo impidan (“efecto exclusión”), al no estar en juego los principios generales del Derecho de la Unión (como lo sería el principio de igualdad contenido en la cláusula 4ª)⁴⁴.

No obstante, el TJUE también ha reafirmado que esa remisión al Derecho interno en modo alguno puede implicar un vaciamiento del efecto útil de la Directiva y, por tanto, junto con la remisión al legislador para fijar tales medidas preventivas y sancionadoras del abuso, también reclama de los tribunales nacionales una *interpretación conforme* del ordenamiento jurídico que haga posible la efectividad de lo pretendido por tal norma comunitaria y, por ende, que permita una sanción proporcional y adecuada para disuadir del abuso⁴⁵.

En esta línea, el Tribunal de Luxemburgo también ha reconocido que, respecto a las medidas a adoptar *ex* cláusula 5ª, es perfectamente posible que las previstas para los casos de abuso en el empleo público no tengan que coincidir con

⁴⁴ Sobre el tema, Costa Reyes, A., “Extinción del contrato del trabajador con ocasión de su incapacidad laboral desajustes normativos y jurisprudenciales a la luz de la Directiva 2000/78/CE”; Derecho de las Relaciones Laborales, 9, 2019 (EDC 2019/752594).

⁴⁵ Como recuerda la STJUE comentada, se trata de “que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero” (§130). Y aclara, la “obligación de interpretación conforme se refiere al conjunto de las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a dicha directiva” (citando y remitiéndose a la jurisprudencia que contiene la STJUE de 11/02/2021, C-760/18).

las del ámbito privado⁴⁶. Por tanto, nada impediría que se dispusiera una medida en el ámbito público distinta a la fijeza contenida en el art. 15.5 LET. No obstante, también ha señalado que, si bien no está previsto en la Directiva, es perfectamente posible, aunque no necesario, que la medida sancionatoria sea la fijeza de la relación del trabajador afectado por el abuso, reiteramos, sin que ello pueda entenderse como una obligación general de transformar los temporales en indefinidos.

Ahora bien, a falta de otras medidas suficientes y disuasorias, puede y debe ser una medida adecuada para dar cumplimiento a la Directiva⁴⁷. Y en este sentido, el TJUE venía remitiendo a los Tribunales nacionales para que comprobasen si existían esas otras medidas y, en caso contrario, si era posible imponer tal fijeza, si quiera a partir de una *interpretación conforme* (aunque ello implique modificar la jurisprudencia existente si es incompatible con los objetivos de la Directiva)⁴⁸. Llegados a este punto es cuando debemos recordar que existe un límite claro a esa exigencia de los órganos judiciales de procurar una interpretación que, dentro de las amplias reglas de la exegética, permitieran un adecuado cumplimiento y efecto útil de la Directiva; a saber, que tal interpretación no sea “*contra legem*” (y/o *contra constitutionem*)⁴⁹.

En resumen, “la cláusula 5 de la Directiva, carente de efecto directo, no puede invocarse (...) con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria” a la misma⁵⁰.

Y es aquí cuando las SSTJUE que comentamos señalan varias conclusiones de especial interés en estos momentos: de un lado, que de cuanto lleva analizado parece poder concluir que nuestro ordenamiento jurídico interno no contiene, en el sector público, ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de la contratación de duración determinada (incluidos los INF, como hemos visto); por lo que “la conversión de estos contratos en una relación laboral de duración indefinida(-fija) podría constituir tal medida”. Y, de otro lado, que si la imposibilidad de reconocer esa (conversión automática en) fijeza en el empleo público no deriva explícitamente de la normativa interna, sino de la jurisprudencia consolidada, debería entonces modificarse ésta porque tal interpretación resulta “incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco”.

Corresponde pues resolver si la negativa a tal conversión deriva de una norma explícita que la prohíba o si cabe una interpretación de la misma que, sin contravenirla, permita admitir esa conversión en fijeza.

⁴⁶ Por todas, STJUE 07/03/2018, C-494/16.

⁴⁷ STJUE 03/06/2021, C-726/19.

⁴⁸ Por todas, STJUE, de 19/04/2016 (C-441/14).

⁴⁹ Casas Baamonde, M.E., “Los indefinidos no fijos...”; cit.

⁵⁰ STJUE de 19/03/2020, C-103/18 y C-429/18, §119 y jurisprudencia ahí citada.

Pero previamente conviene advertir que quizás no sean correctos los términos en los que los tribunales españoles le han planteado al TJUE esta cuestión. Así, pareciera que se ha querido basar la imposibilidad de la transformación automática de una relación de servicio temporal en una permanente-fijo en un mero problema interpretativo del TS, por cuanto que sería éste quien, a diferencia de lo que concluye el TC, considera que esa opción está excluida categóricamente en el Derecho español, no solo en el acceso a la condición de funcionario de carrera, sino también respecto del personal laboral, pues en ambos casos, la fijeza “sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad” (E.MM RDL 14/2021). Es decir, el TJUE entiende, a partir de los datos aportados, que en este punto existe una divergencia entre lo que al respecto interpreta el TC (que, *ex art.* 23 y 103 CE, limitaría tal impedimento respecto a las relaciones funcionariales o equivalente) y lo concluido por el TS, ya que sería éste quien estaría excluyendo tal posibilidad de fijeza automática a las relaciones de empleo público laboral, pues estaría exigiendo también en ellas el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En nuestra opinión tal planteamiento ante el TJUE es incorrecto. Así, podría aceptarse -con dudas- que el TC ha circunscrito las exigencias del art. 23 CE a las relaciones funcionariales en sentido estricto (*ex art.* 103 CE) y que, por tanto, constitucionalmente solo respecto de éstas (acceso a la función pública) nuestra Carta Magna parece exigir la observancia de los referidos principios, limitándose, respecto a las laborales, a reclamar el genérico principio de igualdad *ex art.* 14 CE, es decir, la “imposibilidad de establecer requisitos para acceder... que tengan carácter discriminatorio” o una diferencia no justificada⁵¹. Sin embargo, en la información aportada al Tribunal de Justicia se obvia que también es cierto que, en otros momentos, el TC parece requerir la sujeción de todo empleo público (laboral o funcional y estatutario) a los principios de mérito y capacidad, los cuales, en todo caso, parece sugerir que están implícitos en el art. 14 CE⁵²... aunque, es oportuno subrayarlo, en los casos en los que así lo ha hecho, tal afirmación pueda estar motivada en gran medida por las singularidades del supuesto enjuiciado, en el cual la fijeza pretendida lo era por quien había sido contratado en fraude como falso autónomo, es decir, por quien en ningún momento ha sido “objeto de selección a

⁵¹ SSTC 281/1993, de 27 de septiembre; 86/2004, de 10 de mayo; 132/2005, de 23 de mayo y 236/2015, de 19 de noviembre.

⁵² STS 29/04/2024, rec. 4962/2022 (ECLI:ES:TS:2024:2361). En la doctrina Administrativa, STS (C-A) 12/07/2023, rec. 7815/2020 (ECLI:ES:TS:2023:3232). Para numerosos autores el principio de igualdad implica, *per se*, los de mérito y capacidad, ya que solo a través de la valoración objetiva de los mismos puede evitarse vulnerar el mencionado art. 14 CE; Fernández Delpuech, L., “Situación y reforzamiento de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, Universidad de Granada (Tesis 2013), 2014, págs. 102, 110, 11. Otros autores concluyen que las exigencias de tales principios a todo empleo público derivan de los específicos preceptos constitucionales (art. 23 y 103 CE), aunque en su argumentación aportan referencias a SSTC relativas al personal no laboral (estatutario o funcional); así Moreno Brenes, P., “Fijos/temporales...; cit.

través de los procedimientos reglados”⁵³, precisión que consideramos de especial interés para lo que después se señalará para el caso de temporales que superaron un proceso de selección.

Sea como fuere, y en todo caso, no menos cierto es que el propio TS ha reconocido que “el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el mérito y la capacidad con el acceso a la función pública no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública”, como han hecho el art. 55 y la DA 1ª LEBEP, y sobre tal base normativa, “evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo (...). Se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público (...)”⁵⁴.

En definitiva, la imposibilidad de conversión automática en fijo de la relación laboral temporal abusiva cuando no se ha superado previamente un proceso ajustado a los principios de igualdad, mérito y capacidad sería así una exigencia expresamente contenida en una disposición legal. Y, por tanto, en nuestra opinión, una *interpretación conforme* debería tener en cuenta tal limitación.

Reiteramos, el TJUE no exige tampoco ahora la conversión automática en fijo del laboral. Simplemente remite a los tribunales nacionales para que, atendidos todos los elementos, determinen si, a falta de otras medidas sancionadoras *ex* cláusula 5ª Directiva, es posible imponer esa conversión, al menos, tras una *interpretación conforme* de la normativa interna y siempre que no implique una *exégesis contra legem*.

Pues bien, de lo señalado debiera colegirse el rechazo a una generalización de tal conversión, pues lo que corresponde es un previo análisis justificativo e interpretativo en los términos vistos. En consecuencia, no parecen acertados aquellos pronunciamientos judiciales que, afirmando basarse en la STJUE de abril (UNED), están procediendo sin más a la consideración automática como fijo del trabajador laboral afectado por el abuso⁵⁵.

⁵³ ATC 122/2009, de 28 de abril (FJ 4).

⁵⁴ Entre otras muchas, SSTS (Pleno) de 18/06/2020 (rec. 1911/2018), de 02/07/2020 (rec. 1906/2018), de 19/10/2021 (rec. 2940/2020) o de 24/11/2021 (rec. 4280/2020). Dichos principios permitieron en su momento, incluso, declarar nula la cláusula de estabilización de empleo temporal prevista en el convenio aplicable a una empresa pública (RTVA); STS 13/11/2007, rec. 3/2007 (ECLI:ES:TS:2007:8667).

⁵⁵ Así parece inferirse también del *obiter dicta* recogido en la STS 29/04/2024, rec. 4962/2022 (ECLI:ES:TS:2024:2361). Nos referimos a la STSJ País Vasco, 22/04/2024 n° 979/2024 (ECLI:ES:TSJPV:2024:74) y la SJS n° 14 de Sevilla, 51/2024 de 27 feb., proc. 667/2023; y más aún, a la SJS n° 26 de Madrid, 66/2024 de 23 feb., porque reconoce expresamente que esa interpretación es contraria a nuestro marco normativo, pero aun así califica como fija la relación objeto del abuso. Con todo, otros pronunciamientos de duplicación, si bien mantiene la negativa a la fijeza automática, contienen importantes votos particulares favorables a ella, por todas, SSTSJ

En todo caso, la declaración de fijeza implicaría que, al no ser ya un INF con una concreta causa de extinción (*ex art. 49.1, b LET*), la mera cobertura reglamentaria de la plaza no operaría como tal⁵⁶, y, por tanto, solo sería posible la lícita extinción -por tal circunstancia, en caso de ser susceptible de reconducirla a algún supuesto extintivo- dentro de las causas (objetivas) generales de despido y, en todo caso, bajo el procedimiento correspondiente (arts. 52 y sgs. LET), de lo contrario, estaríamos ante un cese improcedente.

3. ¿Y AHORA QUÉ?

Ante la señalada inadecuación del marco normativo y la falta de medidas expresamente previstas en el ámbito del empleo público para dar cumplimiento a lo exigido en la cláusula 5ª Directiva, es preciso plantearnos qué soluciones son posibles dentro del respeto a nuestro marco jurídico interno, pero también, en favor del efecto útil de la Directiva, en particular, sobre la base de una *interpretación conforme*.

Al respecto, debe subrayarse la oportunidad perdida por parte del TC para dar respuesta a esta situación, pues si bien en un momento anterior se ha adentrado en la interpretación y aplicación de la cláusula 4ª, relativa al principio de no discriminación⁵⁷, no ha ocurrido así respecto a la cláusula 5ª, sobre el abuso en la contratación. Por todo ello, y teniendo en cuenta la incertidumbre sobre la conformidad de la posición del TS (en relación a la consideración del INF como medida adecuada) respecto a la jurisprudencia comunitaria sobre tal cláusula, compartimos la crítica del Voto particular contrario a la inadmisión que el ATC 427/2023 hizo del recurso de amparo en el que se le planteaba tal posibilidad⁵⁸.

En todo caso, para dar respuesta a esta pregunta debe tenerse en cuenta que “el artículo 5 del acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se

Madrid de 10/04/2024, nº 317 (ECLI:ES:TSJM:2024:2794), nº 318 (ECLI:ES:TSJM:2024:2795) y nº 319 (ECLI:ES:TSJM:2024: 2024, 2796).

⁵⁶ Como viene ocurriendo hasta ahora, STS 31/10/2023, rec. 1576/2022 (ECLI:ES:TS:2023:4591).

⁵⁷ SSTC 232/2015, de 5 de noviembre y 22/2018, de 5 de marzo.

⁵⁸ Además de por los argumentos sostenidos en el Voto particular a la misma, no debe desconocerse que con dicho ATC impedía que se valorase si se lesionaba su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por el hecho de que el TS no hubiera planteado cuestión prejudicial sobre el caso. En este sentido, el fallo parece obviar el art. 177 TUE “obliga, sin restricción alguna, a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, a someter al Tribunal de Justicia toda cuestión de interpretación” cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho Comunitario (por todas, STJUE 27/03/1963, asuntos 28/62 a 30/62). Por tanto, el TS podría no plantear la cuestión reclamada tan solo “cuando se haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación

opone a la legislación de un Estado miembro que prohíbe absolutamente, en el sector público, la conversión de la sucesión de contratos de trabajo de duración determinada en contrato indefinido, siempre que esta normativa no prevea, para dicho sector, otra medida eficaz para evitar y, en su caso, sancionar la celebración abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”⁵⁹. En otros términos, “una regulación nacional que prohíba de forma absoluta dicha medida de conversión en el sector público ha de verse acompañada de otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada”⁶⁰.

Consecuentemente, exploraremos las vías de adecuación desde una interpretación conforme de la legislación interna: en primer lugar, respecto a la posibilidad de otra medida efectiva, como puede ser una indemnización *ad hoc*. Y, en segundo lugar, analizaremos hasta qué punto es posible la declaración de fijeza.

No desconocemos que otros autores plantean una solución que, sin negar una posible indemnización adicional por daños y perjuicios (eso sí, cuando se pruebe el daño o, al menos, se acredite la falta de connivencia del trabajador), pretende, precisamente, acabar de una vez por todas con la figura del INF, y que, en esencia, supone rescatar la antigua doctrina judicial administrativa sobre el tema: anular el contrato laboral (o el nombramiento funcional) -con los efectos previstos en el art. 9.2 ET- ante el incumplimiento de facto del procedimiento administrativo necesario y acorde para la válida conformación de la voluntad del ente contratante⁶¹. No podemos compartir esta conclusión, por cuanto que, una vez más, este tipo de soluciones *a)* terminaría por beneficiar al empresario público incumplidor (tanto más, vistas las exigencias administrativas para reconocer la referida indemnización -especialmente si se pretende que, incluso, sea suficientemente adecuada y disuasoria-); además, *b)* no resuelve el problema, pues nada impide que, incluso precisamente por esa ventaja, se vuelva a “incurrir” en esa causa de nulidad y, por tanto, o bien podría desatenderse el servicio en el que prestaba servicios la persona cuyo contrato se anula, o bien, en su caso, que -ante la falta de personal derivada de tal nulidad- habría que contratar/nombrar a una nueva y diferente persona “interinamente”. Y finalmente, *c)* porque condicionaría al trabajador perjudicado por el abuso o la irregularidad para reclamar sus derechos, ante el riesgo de ver anulado su contrato.

del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna”; (STJUE 06/10/1982, 283/81 CILFIT). Circunstancias estas últimas que, como subraya el Voto particular, no parece que acontecieran en el caso.

⁵⁹ ATJUE 30/09/2020, C-135/20, Gondomar.

⁶⁰ ATJUE 01/10/2010, C-3/10, Affatato, § 42.

⁶¹ Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos...”; cit. Recientemente, Yagüe Blanco, S., “El «indefinido no fijo de plantilla»...”; cit.

Con todo, más allá de las soluciones a explorar, lo cierto es que deviene imprescindible una rápida intervención del legislador que aporte una solución normativa concreta al problema que suscitan las comentadas SSTJUE de 2024, porque “pone patas arriba buena parte del empleo público español”, pese a la preocupación que por el tema de la temporalidad mostró la regulación de urgencia de 2021, porque medidas, como hemos concluido, tampoco permiten ajustarse a la Directiva⁶².

3.1. La indemnización (adicional) *per se* como regla general

La solución que plantean algunos parece girar, más que en la declaración de fijeza, en la posibilidad de un *quantum* indemnizatorio acorde a lo exigido en la Directiva, en el bien entendido que ésa sería distinta y al margen de la que, en su caso, correspondiera por el cese del trabajador afectado.

Comenzando por esta última, se plantea que la que correspondería sería la propia del despido improcedente. Así lo entienden quienes afirman que esa cuantía es la misma que también se prevé para el caso de resolución del contrato ante los incumplimientos de su empleador (art. 50 LET), en este caso, por analogía, ante la falta de cumplimiento de los plazos en los que debe cubrirse definitivamente la plaza (art. 70.1, *in fine* LEBEP)⁶³.

Del mismo modo, aunque desde otra argumentación, alcanza similar conclusión la STSJ Andalucía/Sevilla, nº 856/2024, sobre la base de que el INF es una especie de *tertium genus*, a medio camino entre temporal e indefinido, con una causa extintiva propia (cobertura de la plaza por un tercero tras el proceso selectivo correspondiente) que encontraría inicial sustento en el art. 49.1, b) LET⁶⁴. Sin embargo, entiende el Tribunal andaluz, tal cláusula deviene abusiva en los casos en los que su vigencia se dilata en exceso en el tiempo (equivalente por tanto a la imprevisibilidad de la finalización del contrato y a su duración inusualmente larga)⁶⁵; es decir, ya sea porque el INF derive del encadenamiento ex art. 15.5 LET o ya sea porque se superen los plazos legales para el desarrollo del proceso selectivo exigible para la cobertura de la plaza (art. 70 LEBEP). En consecuencia, superados esos plazos, debe negarse la existencia o incluso la validez de una cláusula como la

⁶² Vivero Serrano, J.B., 2024, La temporalidad abusiva en el sector público ante el TJUE: ¿y ahora qué?; Briefs-ADTSS, 30/2024.

⁶³ Por todos, Terradillos Ormaetxea, E.; “Una propuesta sobre el cumplimiento de la doctrina de la STJUE (Sala 6ª), de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C 59/22, C 110/22 y C 159/22), relativa a la contratación temporal abusiva en el empleo público”; Briefs-AEDTSS, 33/2024.

⁶⁴ En dicha sentencia se precisa que tal cláusula debe ser entendida como una condición, no un término, y, con ello, reclamando de esta forma la vuelta a la inicial consideración que el TS realizó sobre el INF antes de su sentencia de 24/06/2014, rec. 217/2013 (ECLI:ES:TS:2014:3081).

⁶⁵ STJUE 05/06/2018, C-677/16.

del mencionado art. 49.1, b) LET y, en ese caso, sería ilícita la extinción unilateral decidida por la Administración sobre la base de tal circunstancia y, por ende, el despido sería ahora declarado como improcedente.

Ahora bien, como también expresa tal sentencia de suplicación, tampoco parece que con esta indemnización de despido improcedente por tal circunstancia no ajustemos a lo exigido por la Directiva, pues la misma no derivaría realmente del abuso, sino de la ilícita extinción. Y, por ello, con independencia de la indemnización por extinción, debiera reconocérsele al trabajador -adicionalmente- “una indemnización no tasada por haber recurrido el empleador a una utilización abusiva”. En todo caso, reiteramos, sin que la misma se vincule necesariamente al despido o extinción, sino que se le reconozca *per se*, por haber sido objeto del abuso⁶⁶.

Y, precisamente para hacer acorde el Derecho interno y el Comunitario, creemos que deben abandonarse posiciones tan rígidas como la que la Sala de lo contencioso viene estableciendo para admitir una indemnización a los funcionarios temporales afectados por el abuso y, en consecuencia, buscar parámetros que agilicen y garanticen la efectividad de esa indemnización que, no lo olvidemos, tiene más de sanción (en sentido amplio -para disuadir- y no en términos meramente punitivos), que de satisfacer el daño o perjuicio sufrido. Una vez más, el problema sería determinar cuál sea esa cuantía.

Al respecto, bien podrían utilizarse los argumentos antes señalados para sostener que, en todo caso, la cuantía debería ser equivalente a la de un despido improcedente. Sin embargo, también se levantan voces que consideran que no parece acertado la aplicación analógica de la cuantía que implica un despido improcedente ya que, observan, el supuesto que lo justifica -extinción- no casa con la idea de su generalización *per se*, por cuanto que la relación se mantendría en vigor, al no depender ahora su nacimiento de tal extinción. Por esa razón, quizás sea oportuno tener en cuenta, una vez más, lo dispuesto en la LISOS⁶⁷-. Solución que implica esa finalidad sancionadora y disuasoria -amén que reparadora- y también permite dotar de uniformidad a la indemnización por el mero abuso (sin

⁶⁶ Sobre esta opción, la de reconocer una indemnización adicional a la prevista para la extinción como medida acorde a la Directiva, la STJUE comentada rechaza pronunciarse (inadmisión de la 13ª cuestión del asunto C-59/22), por tratarse de una cuestión hipotética y no concretada (falta de explicaciones e indicaciones sobre las normas o jurisprudencia sobre la misma).

⁶⁷ Así, STSJ Madrid nº 944/2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:11782), que toma en consideración los arts. 7.2 y 40.1, c) *bis*. Aplicando tal doctrina, vienen apareciendo ya diversos pronunciamientos que reconocen este tipo de indemnización al personal objeto de abuso que concurrió al proceso extraordinario de cobertura de plazas ex reformas de 2021, incluso cuando haya obtenido la plaza, SJS nº2 Granollers, 77/2024 de 24 de marzo... y no es el único, como decimos, “Tres sentencias pioneras para los interinos: sacar una plaza fija es compatible con cobrar una indemnización por cese”; El Periódico, 31/05/2024.

que su cuantía dependa, por ello, de factores como la antigüedad, etc.), y facilitaría objetivar el *quantum* de un daño que se presume por el propio abuso⁶⁸.

3.2. La fijeza como posible solución específica

Planteamos tal solución no solo porque, como ahora veremos, ya ha sido admitida por nuestra jurisprudencia, sino porque, en todo caso, parece la respuesta más garantista y mejor alineada con los objetivos de la Directiva⁶⁹.

Partiendo pues de que la normativa interna exige que el acceso se ajuste a los reiterados principios de acceso al empleo público, la pregunta que de inmediato surge es qué ocurre cuando el trabajador afectado por el contrato temporal irregular/abusivo hubiera realizado y superado favorablemente una prueba de acceso regida por tales principios⁷⁰.

Y al respecto, la respuesta del TS es matizada, distinguiendo en función de que lo superado fuera un proceso de selección para la contratación indefinida-fija o temporal. Así, en el primer caso (convocatoria para plaza indefinida-fija), de producirse la irregularidad o abuso en su empleo público temporal, sí sería posible el posterior reconocimiento de una relación fija de quien se encuentra en situación de abuso, porque tales principios se pusieron de manifiesto mediante la participación de la persona trabajadora afectada en la convocatoria pública para ocupar plazas fijas que superó satisfactoriamente (pero no obtuvo plaza). En palabras del propio Tribunal, en esos casos, debe concluirse que tal persona “ha sido debidamente valorada, superando el proceso selectivo, sin que el hecho de no haber obtenido plaza obste para tener por cumplidas aquellas exigencias constitucionales”⁷¹.

Doctrina que parece haber sido -al menos- precisada (y restringida) con la STS 08/11/2023 (rec. 3499/2022)⁷². Observa esta resolución que “no es de aplicación

⁶⁸ Sobre la generalización del uso de la LISOS como baremos de carácter idóneo y razonable, particularmente allí donde el daño se presume (como creemos que ocurre, en todo caso, producido el abuso) y es difícil la cuantificación, Mercader Uguina, J. R., “La Ley de infracciones y sanciones como «baremo»: funciones y disfunciones en la determinación de los daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales”; Trabajo y Derecho, 112/2024 (LA LEY 13438/2024).

No obstante, rechazando esta indemnización disuasoria en nuestro caso por diversos motivos, Voto Particular (Fundamento 16º) STSJ Madrid 317/2024, de 10 de abril (ya citada (y su equivalente en las también citadas sentencias nº 318 y 319/2024).

⁶⁹ El cualquier caso, debe señalarse que el propio TS (Sala Social) ha emitido un comunicado (07/03/2024) en el que ha anunciado que había acordado iniciar los trámites para plantear cuestión prejudicial ante el TJUE (ATS 30/05/2024, rec. 5544/2023) a los efectos de aclarar el modo de aplicar la STJUE comentada y su compatibilización con los principios de acceso al empleo público.

⁷⁰ En extenso, Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...; cit.

⁷¹ STS 16/11/2021, rec. 3245/2019 (ECLI:ES:TS:2021:4328).

⁷² Así lo entiende también (aunque no aplique tal consecuencia al caso por considerar que la STJUE que aquí comentamos ha superado esa visión limitada del TS), STSJ País Vasco, 22/04/2024 nº 979/2024 (ECLI:ES:TSJPV:2024:74).

al presente supuesto” la doctrina de la referida STS 16/11/2021, por cuanto que concurre un elemento distinto y, a estos efectos, “determinante”, a saber, que en la convocatoria “se disponía expresamente que, en ningún caso, el tribunal evaluador podrá declarar que superaron el proceso selectivo un número superior de aspirantes que el de plazas convocadas, resultando que cualquier propuesta de aprobados que contravenga lo así establecido será nula de pleno derecho”. En el caso, “el proceso selectivo convocado (...) comprendía dos fases, la de concurso (experiencia y formación profesional) y la de oposición. La superación de dicho proceso selectivo exigía superar las dos fases, y no solo la aprobación de los ejercicios correspondientes a la fase de oposición”, como hizo la trabajadora afectada. Sin embargo, no consta que no acreditase méritos suficientes, pues simplemente, repetimos, solo se aprobaron tantos aspirantes como plazas.

Debe señalarse críticamente que fue ésta y no otra la razón por la que la persona afectada se considerase que no había superado la pruebas. Por tanto, y sobre la base de este dato, debemos mostrar nuestra disconformidad con tal planteamiento, ya que el mismo se sustenta en un elemento que, en puridad, no se refiere a los principios de acceso al empleo público (igualdad, mérito y capacidad), y que, además, depende de la exclusiva voluntad de la propia empleadora incumplidora: prohibición de declarar aprobados a quienes, pese a superar las pruebas, supusieran un número mayor al de plazas ofertadas inicialmente. En nuestra opinión, sería reclamable del TS una mayor exigencia para admitir tal previsión como excluyente de la fijeza (*v.gr.*, reclamar que la empleadora especifique, en todo caso, una puntuación total mínima, o, en todo caso, que a ella corresponda probar que el concreto trabajador afectado no acredita efectivamente capacidades o méritos suficientes como para entender que no supera la prueba, etc.)⁷³, pues de lo contrario, como decimos, resultará sumamente fácil a la AA.PP. eludir esa posibilidad de fijeza.

En cualquier caso, y frente a la anterior postura favorable a considerar como fijo a la persona trabajadora que en algún momento superó un proceso para una plaza fija, pero sin obtenerla, el Alto Tribunal español mantiene la negativa a que se adquiriera tal condición cuando la plaza fuera para un contrato temporal -incluso cuando tal plaza, desde el origen, fuera estructural⁷⁴-.

Para sostener esta posición contraria, argumenta el TS que, aun cuando los afectados por la contratación irregular accedieran al empleo público temporal mediante la superación de las correspondientes pruebas convocadas *ex* LEBEP (Capítulo I Título IV), las mismas se realizaban para seleccionar a las personas con las que se iba a celebrar un contrato temporal, no para el acceso a una plaza fija. Ello implicará, a su entender, que, de alguna forma, reconocerle la fijeza estaría

⁷³ Sobre este tema, en extenso, Yagüe Blanco, S., “El «indefinido no fijo de plantilla»...; cit.

⁷⁴ Por todas, STS 25/11/2021, rec. 2337/2020 (ECLI:ES:TS:2021:4472) -con cita de los pronunciamientos anteriores sobre el tema-.

cuestionando el principio de igualdad y publicidad (e indirectamente, a los de mérito y capacidad), pues al ofertarse inicialmente como temporal no permite la información suficiente para que toda la ciudadanía interesada hubiese concurrido (entendiendo que seguramente, de haberse ofertado como fija, serían más u otras personas).

No podemos compartir esta absoluta negativa del TS de considerar como fijo, en todo caso, a los temporales irregulares que hubieran superado la prueba de selección para ocupar una plaza temporal regida por los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 11.3 y 55 LEBEP). Y no solo por lo que de contradictorio tiene, respecto a esa afirmación, la realidad estabilizada del INF⁷⁵, sino muy particularmente porque, a nuestro parecer, la fundamentación de esa jurisprudencia no parece respetuosa con las exigencias comunitarias, pues vuelve a enredarse en cuestiones de derecho interno, olvidando el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y, por tanto, la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho Comunitario⁷⁶⁷⁷.

En este sentido, incluso sobre la base del art. 11.3 LEBEP, “es claro que, salvo prueba en contrario, la contratación temporal llevada a cabo por cualquier ente del sector público debe haber sido, en cumplimiento del citado artículo del EBEP, con pleno respeto a los principios de igualdad, capacidad y mérito”⁷⁸. Por tanto, la superación de un proceso de selección *ex art. 61 LEBEP* (oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos), también cuando estamos ante una relación temporal (singularmente, de interinidad), implica que los principios de acceso al empleo público se cumplieron por el trabajador. Distinta a tal exigencia normativa es la interpretación sobre el grado o intensidad en que tales principios se exigen o manifiestan en relación con una plaza fija o temporal (entendiendo el TS que será siempre menos garantista en este último caso, por ser más ágiles los procesos de cobertura), pero, como decimos, esta es una razón interpretativa, no expresamente legal.

Por tanto, y salvo en los casos de fraude o donde no existe proceso selectivo como tal, la consideración como indefinido-fijo (y no como INF) debiera ser la solución para todo caso de contratación temporal abusiva en la que el trabajador hubiera superado una prueba selectiva *ex art. 61 LEBEP* de acceso al empleo público

⁷⁵ Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos...; cit.

⁷⁶ ATJUE 11/12/2014, C-86/14, §55.

⁷⁷ Costa Reyes, A., “Contratación laboral temporal irregular...; cit.

⁷⁸ Voto particular de Blasco Pellicer y García Paredes a la STS 25/11/2021, rec. 2337/2020 (ECLI:ES:TS:2021:4472). Como recuerda recientemente la STS (C-A) 12/07/2023, rec. 7815/2020 (ECLI:ES:TS:2023:3232), tales principios son de aplicación a toda selección de personal al servicio de la Administración y al margen de su tipología.

(siquiera temporal), pues ya no hay obstáculo expreso en el ordenamiento nacional que lleve a una interpretación *contra legem* por atribuirle esa consideración de fijo⁷⁹.

Del mismo modo y como hemos advertido, fuera de esos casos de superación de una prueba selectiva, se mantendrá el sentido del INF (al existir una norma interna que expresamente prohíbe acceder al empleo público sin superar una prueba basada en los principios del mencionado art. 55 LEBEP) y, en esos casos, consideramos acertada la solución indemnizatoria (adicional) *per se* que explicábamos *supra*.

⁷⁹ Voto particular de Blasco Pellicer y García Paredes, cit. También parecer inferirse así del Voto Particular (Fundamento 20º) de la citada STSJ Madrid 317/2024 (y sus equivalentes en las sentencias ya citadas también nº 318 y 319/2024). Creo que el supuesto resuelto en la referida STJUE 13/06/2024 (asuntos C331 y C332/22) parece confirmar nuestra posición.