nº 11 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales

Uncertainties about the controversial legal status of the non-regular permanent worker in the public sector in the light of recent court rulings

José Luis Monereo Pérez — *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.*
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Susana Rodríguez Escanciano — *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.*
Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5910-2982

Guillermo Rodríguez Iniesta — *Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.*
Magistrado (supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
Subdirector de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 13-34.

"La adopción, en ocasión legislativa, de modelos institucionales-estructurales para procesalizar el conflicto ha sido y es característica de los sistemas jurídicos occidentales. Obviamente, la procesalización del conflicto significa la absorción del conflicto en formas jurídicas preconstituidas; absorción que, además de ser técnica, es siempre también una "solución" política".

GIOVANNI TARELLO[1]

1. LA GESTIÓN DE PERSONAS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LABORALIDAD Y TEMPORALIDAD COMO NOTAS ESENCIALES

Aun cuando tradicionalmente ha llegado a ser admitido que en tiempos de crisis el empleo público representa un "puerto de refugio" para sus "privilegiados" empleados dada la estabilidad en el puesto de trabajo tradicionalmente atribuida[2], la realidad de las últimas décadas muestra con

[1] Tarello, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho,* edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, p. 422.

[2] Sánchez Morón, M.: "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios", en Sánchez Morón, M. (Coord.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2008, pp. 358 y ss.

rotundidad lo cuestionable que resulta esta afirmación que más bien ha tornado en otra harto elocuente: "ser trabajador asalariado en el sector público implica una gran probabilidad de ocupar un empleo de carácter temporal"[3].

Las Administraciones Públicas han preferido contar con la herramienta de una importante bolsa de incorporación de efectivos a término, frente a otros procedimientos, siempre más complejos de articular (tal y como sucede con el reclutamiento de personal laboral estable o de funcionarios de carrera), dando lugar a una manifestación indiscutiblemente patológica, máxime cuando además de un elevado número de empleados en régimen de temporalidad, los vínculos se prolongan notablemente en el tiempo o se encabalgan sucesivamente, lo cual no deja de resultar paradójico dada la naturaleza de las actividades desempeñadas por los Entes públicos que no responden a una demanda eventual por tratarse de servicios de interés general de naturaleza permanente[4].

En esta tendencia han incidido sobremanera las infradotaciones presupuestarias derivadas de la grave crisis del año 2008 y sucesivos, amparadas en el art. 135 CE reformado en 2011, que prohíbe a las Administraciones Públicas incurrir en un déficit estructural superior a los márgenes establecidos. Estas restricciones conllevaron severas limitaciones al empleo estable, pero no impidieron el reclutamiento de duración determinada, al estar autorizado "en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables"[5], vía de excepción, que no ha sido tal por su habitualidad, a través de la cual se ha permitido seguir atendiendo necesidades esenciales de los ciudadanos, pese a la amortización de cuantiosas plazas por jubilaciones[6]. Las presiones para el ahorro de costes de personal, como importante contribución para la reducción de la deuda pública, ha tenido como efecto principal el recurso a aquellas modalidades de contratación más económicas y que menor compromiso de gasto implican: las temporales, favorecidas, además, por la congelación durante años de las ofertas públicas de empleo[7].

Es más, dentro de una posible dualidad de vínculos, funcionarial y laboral, las Administraciones se han inclinado mayoritariamente por la segunda de las alternativas, máxime cuando el art. 11.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), habilita a los Entes públicos para hacer uso de todas las vías de contratación previstas en la legislación laboral, tanto por tiempo indefinido como singularmente temporales[8]. El convencimiento de una mayor flexibilidad en la gestión del empleo público laboral, alejada de los rígidos parámetros de sujeción especial, inamovilidad y derecho al cargo propios del régimen funcionarial, avala la predilección de los gestores de recursos humanos por el trabajo por cuenta ajena amparado por una especie de "técnica del espigueo"[9]. Y ello porque

[3] Fernández Gutiérrez, M. y Díaz Fuentes, D.: "Empleo público y temporalidad: ¿es el sector público parte de un problema?", *Temas Laborales*, núm. 102, 2009, p. 51.

[4] Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*.: *Las modalidades de contratación Estudio técnico de su régimen jurídico,* Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Comares, 2010, pp. 391 y ss.: Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La contratación temporal en el sector público", *Documentación Laboral*, núm. 110, 2017, vol. II, p. 29.

[5] Monereo Pérez, J.L.: "El problema de la temporalidad en la Administración Pública y medidas equivalentes, efectivas y disuasorias para prevenir, sancionar y reparar el abuso y el ejercicio antisocial: ¿es posible declarar al empleado fijo?, *La Ley Unión Europea*, núm. 84, 2020.

[6] López Aniorte, M.C.: "Límites a la proliferación del trabajo atípico y en fraude de ley en la Administración Pública", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 411, 2017, p. 27.

[7] Rodríguez-Piñero Royo, M.: "Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo", *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, p. 121.

[8] De la Villa Gil, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social,* núm. 14, 2007, pág. 4.

[9] Sala Franco, T. y Rodríguez Escanciano, S.: La contratación laboral en el empleo público, Sempere Navarro, A.V. (Dir.), *Los diez esenciales de Aranzadi*, Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 51. Asimismo, véase Vida Fernández, R.: *Las relaciones laborales en las administraciones públicas,* Tesis Doctoral (Inédita), dirigida por J.L. Monereo Pérez, Universidad de Granada, 15 de noviembre de 2016, espec., págs. 336 y sigs.

su regulación no se somete exclusivamente al Estatuto de los Trabajadores y las correspondientes normas convencionales, sino que el art. 7 TREBEP matiza que el personal laboral al servicio de las Administraciones se regirá, "además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionales aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan". Es decir, que en lo que el TREBEP marque como norma de referencia para las Administraciones y los "empleados públicos", así como en aquellos que preceptos en los que se concreten aspectos de aplicación a los empleados públicos laborales, será de aplicación preceptiva dicha norma con preferencia a la laboral, de tal forma que se configura, -sin llegar a denominarlo expresamente-, como una relación laboral especial o al menos, peculiar, pero que cuya singularidad material y especificidad formal lo acercan a la naturaleza de esa relación laboral especial[10]. Se trata de una relación laboral desde *el punto de vista jurídico-material*, pero no desde la perspectiva jurídico-formal, toda vez que el art. 2.1 del ET, establece literalmente que "Se considerarán relaciones laborales de carácter especial […] 2.1.*l*) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley". Ante este aparente rigor jurídico-formal en la exigencia de una calificación legal expresa debe prevalecer el criterio de la realidad normativa sustancial consistente en atender al *régimen jurídico singular de tratamiento* legal de las relaciones laborales en el empleo público. Al tiempo, lo que califica jurídicamente una categoría jurídica es su régimen jurídico positivo específico. Lo cual en el caso aquí analizado conduce a que la relación laboral en el empleo público es una relación laboral especial por su regulación legal. Hablamos, pues, de un conjunto normativo específico que crea *ex novo* una relación laboral *especial* sin calificarla expresamente como tal tipo legal ex art. 2.1.*l*) del ET.

El proceso de progresiva laboralización de las Administraciones, ha alcanzado un crecimiento exponencial, no sólo por el desarrollo de la posibilidad legal de realizar dichas tipologías de contrataciones, sino también por la evolución y acercamiento de las propias instituciones de la Administración a los canales de organización de la empresa privada, con la aparición de las sociedades anónimas, entidades empresariales, fundaciones públicas, "consorcios", etcétera. Incluso así sucede con las Administraciones independientes, también llamadas organismos reguladores (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Banco de España, Comisión Nacional de la Energía, etcétera), que aun ejerciendo funciones públicas de regulación de sectores básicos para el Estado, cuentan principalmente con personal vinculado a las mismas por contratos laborales (conforme a la posibilidad que se establece en la disposición adicional 4ª del TREBEP)[11]; sin dejar de mencionar las acusadas manifestaciones de asalarización en determinados ámbitos relativos a la función pública profesional con una legislación específica, como sucede en el sanitario –personal médico en formación— o en el universitario –personal docente e investigador laboral—. En paralelo, el tránsito desde una progresiva privatización indirecta, vía externalización del actividades y servicios a favor de empresas privadas, para acabar, en muchas ocasiones, en una recuperación/reinternalización de los servicios públicos (antes exteriorizados) bajo el régimen administrativo actual de gestión directa ha provocado ingentes trasvases de personal subrogado por el sector público[12].

---

https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/45270/26420363.pdf?sequence=6&isAllowed=y
Villalobos Vilches, E.: *Fraude de Ley en las Relaciones Laborales de las administraciones públicas y la figura del Trabajador indefinido no fijo,* Murcia, Laborum, 2023; *Ibid., Fraude de ley en las relaciones laborales de las administraciones públicas y régimen jurídico del trabajador indefinido no fijoLagunas en el Principio de estabilidad en el empleo,* Tesis Doctoral Doctoral, dirigida por J.L. Monereo Pérez y P.G. Ortega Lozano, Universidad de Granada, 2022.
https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/81418/94751.pdf?sequence=4&isAllowed=y

[10] Sala Franco, T.: "La temporalidad en el empleo público", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 1, 2021, pp. 49 y ss.

[11] Sala Franco, T.: "El modelo español. Presente y perspectivas", en Monereo Pérez, J.L.; González de Patto, R.M.; Vida Fernández, R. y Spinelli, C. (Dirs.): *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2018, p.154.

[12] Monereo Pérez, J.L.: "Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos", en Monereo Pérez, J.L.; González de Patto, R.M.; Vida Fernández, R. y Spinelli, C., Dirs.: *El empleo público: puntos críticos en los*

Adicionalmente, la indefinición del modelo normativo, sobre la delimitación del ámbito de "ocupación" y reserva para los funcionarios, contribuye al auge *a contrario* de los laborales, pues el art. 9.2 TREBEP utiliza una fórmula similar a la de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, al encomendar en exclusiva para los primeros, sin hacer mención expresa a los segundos, "…el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos"[13]. Con esta escueta acotación, y en atención a la reserva de ley que exige el art. 103.3 CE, la determinación final de puestos abiertos a laborales, vendrá determinada con gran permisividad por lo que se dispongan en "las leyes de desarrollo de cada Administración Pública…"[14].

La indeterminación de los términos en que se marca la reserva a la condición de funcionario en ese art. 9.2 TREBEP, y la delegación posterior en la normativa de desarrollo, ha motivado que sean las Administraciones las que mediante las denominadas relaciones de puestos de trabajo (R.P.T.), determinarán el régimen aplicable a cada servicio, siendo preceptiva la utilización de este instrumento de ordenación y gestión de personal en el caso del personal funcionario, eventual y laboral fijo, quedando exento de este requisito el personal laboral temporal (y eventual), que únicamente constarán como mera anotación en registros de personal no permanente[15].

Como es fácil de intuir, tal circunstancia no solo ha contribuido a aumentar el umbral de "laboralización" sino el reclutamiento a término, olvidando o relajando en muchos casos los principios de mérito y capacidad que informan o rigen por mandato constitucional el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio del empleado público. Laboralidad y temporalidad son, pues, dos notas características sobresalientes del empleo público de los últimos años.

Ahora bien, el frecuente recurso a la contratación laboral temporal por Administraciones Públicas o por Entes del sector público fundacional o empresarial ha dado lugar en múltiples ocasiones a relaciones decididamente anómalas o patológicas amparadas en el fraude de ley, abuso de derecho o cesión ilegal de trabajadores. Las consecuencias reparadoras a tales abusos han dado pie a un abundantísimo corpus de doctrina judicial que da muestras de un desajuste disfuncional entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral, pues, de aplicar el ordenamiento social en

ordenamientos italiano y español, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2018, pp.323 y ss., en particular, 329-330 y 338 y ss.

[13] El Informe de la Comisión de Expertos sobre la originaria Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, advertía del principio general que debe regir en este ámbito, por el que es necesario reservar los puestos que precisan de la imparcialidad de los empleados que deben adoptar decisiones vinculantes, realizar actuaciones de inspección, o de carácter sancionador que pudieran lesionar derechos individuales, o realizar actuaciones que requieran total independencia de criterio (dación de fe pública), o funciones de soberanía (fuerzas armadas, carrera judicial, etcétera). Respetando dicho límite la Administración puede acomodar el régimen de personal a las necesidades de cada organización.

[14] El origen de esta fórmula se encuentra en art. 39 del Tratado de Constitución CEE, que establecía "la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo", y su apartado cuarto que excluye la aplicación de este principio a los empleos en las Administraciones Públicas. La interpretación que del precepto hace la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las CEE - STJCEE núm. Comisión/Bélgica II Rec. 1982, p. 549; asunto 307/84, Comisión/Francia, Rec. 1986, p. 1725; asunto 66/85, Lawrie-Blum, Rec. 1986-, marcó el alcance de los criterios sobre la libertad de circulación de trabajadores extranjeros comunitarios en relación a los empleos de la Administración Pública (respecto a la posibilidad de que ciertas funciones públicas sean reservadas por la normativa interna a los nacionales de cada Estado). Cfr. Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "derecho de información y empleo público", en Monereo Pérez, J.L.; González de Patto, R.M.; Vida Fernández, R. y Spinelli, C. (Dirs.): *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Pamplona, Aranzadi, 2018, p. 187.

[15] Miñarro Yanini, M.: "Empleo público y contratos de `interinos': de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 384, 2015, p. 86.

toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a salvo los citados parámetros constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del empleador infractor[16].

2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL

La solución no ha sido fácil, y así lo muestra una evolución, que tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas objetivas de selección) e indefinidos no fijos (convertidos en tales precisamente por irregularidades), quedando obligada la Administración a adoptar las medidas precisas para la cobertura definitiva de la plaza o para su amortización, causas lícitas de extinción del contrato[17].

Llegados a este punto -y con la brevedad que exige un editorial-, procede concretar la atención en la diferencia entre relación fija o indefinida no fija. Tradicionalmente, y esa ha sido la peculiaridad más característica de esta última vinculación, su paralelismo con el contrato de interinidad -en tanto que ambos estaban sujetos a una finalización vinculada al desarrollo de un proceso de selección regular-, la situaba más cercana a una naturaleza temporal que propiamente indefinida. Sin embargo, ya desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo 2017[18] se ha venido a cambiar este criterio, de manera que ahora se alude a que no se trata de un contrato de naturaleza temporal, pero sin que ello lo convierta en un contrato fijo. Integra, por tanto, una categoría que puede calificarse como *tertium genus* considerado constitucional por el máximo intérprete de la Norma Fundamental[19].

Con mayor detalle, la evolución de la doctrina jurisprudencial se puede estructurar en las fases siguientes[20]:

2.1. Primera etapa: primacía de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre la presunción de estabilidad en el empleo

En un primer momento, parecen primar (no sin excepciones) los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre la presunción de estabilidad en el empleo inherente a las normas de Derecho del Trabajo, con lo cual el art. 15.3 TRET (presunción de indefinición contractual) no era de aplicación en el marco de las contrataciones temporales fraudulentas llevadas a cabo por las Administraciones, pues lo impedirían los parámetros incorporados a la Norma Fundamental para garantizar la igualdad de oportunidades en la obtención de los empleos públicos, recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE, en relación con el entonces vigente art. 19 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP). Las desviaciones cometidas al respecto suponían meras irregularidades administrativas, que no permitían modificar la naturaleza de la relación, ni determinar la adquisición, con carácter indefinido, del puesto ocupado[21].

---

[16] Arufe Varela, A.: "Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2015, pp. 85 y ss.

[17] Suárez Corujo, B.: "El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones Públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 61, 2017 (BIB 2017/546), pp. 1-2.

[18] Rec. 1664/2015.

[19] ATC 122/2009, de 28 de abril.

[20] Rodríguez Escanciano, S.: "La jurisprudencia reciente sobre el trabajador indefinido no fijo de plantilla", *Trabajo y Derecho*, núm. 47, 2018, pp. 88 y ss.

[21] SSTS, Social, 19 octubre y 16 diciembre 1985 (Ar. 4697 y 6117) ó 29 mayo 1986 (Ar. 2746).

Esta tesis de partida rápidamente adquiere matices y fisuras interesantes al abordar la extinción del vínculo temporal anómalamente concertado. La regla general sigue siendo que el reconocimiento de la improcedencia del despido no puede llevar aparejada nunca la opción por la readmisión, restando únicamente la posibilidad de indemnizar al "damnificado", pues de lo contrario se perpetuaría una relación nacida "*contra natura"* y, a la postre, contra la Constitución[22]. Pero no dejan de aparecer pronunciamientos que consideran tal interpretación "irrespetuosa" con otros principios "igualmente constitucionales, como el de tutela judicial efectiva --art. 24.1--, así como con el de igualdad ante la Ley --art. 14--, toda vez que de seguir el razonamiento judicial *supra* expuesto recibirían distinto trato los trabajadores de la Administración pública que quienes trabajaran para particulares"[23]. La diferencia, en este caso, vendría justificada, no obstante, por la presencia de tan singular empresario, capaz de convertir el diverso tratamiento no sólo en "no-discriminatorio", sino en justo, al venir exigido por el propio art. 14 CE[24].

2.2. Segunda etapa: la transformación en indefinida de la relación en supuestos de incumplimientos especialmente cualificados

Pronto aparece consolidada una nueva teoría, con *vis expansiva* indudable (e "inspirada netamente en principios laborales"), conforme a la cual parece oportuno rectificar la regla general en el supuesto de "incumplimientos especialmente cualificados"[25], por entender que, en tal caso, los contratos entre la Administración y un trabajador por cuenta ajena no pueden ser considerados meros pactos anómalos, sino acuerdos en los cuales las transgresiones al Derecho alcanzan una entidad tal como para merecer la sanción máxima para el empleador de ver convertida tal relación en indefinida, y el beneficio supremo para el empleado de alcanzar la estabilidad[26]. De esta forma, mientras las irregularidades meramente formales en la materia no provocan la transformación de temporal en indefinido, primando, por tanto, la aplicación de los principios de mérito y capacidad, los incumplimientos especialmente cualificados sí lo hacen[27].

Como es lógico, los conceptos "especialmente cualificado" e "irregularidades no significativas" ("términos abstractos" aplicables a un elenco ingente de supuestos) dieron pábulo a una polémica de inacabable jurisprudencia sobre lo que por tal cabía entender o no. Así, entre los principales incumplimientos leves, venían siendo citados la superación no importante de los plazos máximos de contratación temporal permitidos legalmente[28], la no materialización del vínculo en modelo oficial[29], su formalización tardía por escrito[30] (también cuando tales circunstancias afectaran a las prórrogas)[31] o la suscripción de una modalidad cuando debería haberse utilizado otra (siempre y cuando, exigida, sí concurriera la causa de la temporalidad)[32]. Por contra, procedía considerar graves

[22] Fernández Domínguez, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre la laboralización de algunos de los núcleos duros de la función pública)*, Santiago de Compostela, EGAP, 2003, pág. 255.

[23] ATC 848/1988, de 4 de julio.

[24] ATC 697/1988, de 6 de junio.

[25] Una completa síntesis de tal perspectiva, por todas, en la STS, Social, 18 julio 1990 (Ar. 6424).

[26] En tal sentido, entre muchas, SSTS, Social, 7 mayo 1985 (Ar. 1059), 2 mayo y 9 abril 1987 (Ar. 1305 y 2386), 7 marzo, 7 mayo, 4 julio, 13 septiembre y 11 octubre 1988 (Ar. 1790, 1854, 5745, 6616 y 7477), 7 junio y 28 noviembre 1989 (Ar. 4547 y 8272), 2 marzo 1990 (Ar. 1750), 18 marzo 1991 (Ar. 1875), 7 octubre 1996 (Ar. 7492), 14 marzo 1997 (Ar. 2474) ó 20 enero 1998 (Ar. 317).

[27] SSTS, Social, 12 septiembre 1988 (Ar. 6874), 27 noviembre 1989 (Ar. 8262), 7 febrero y 18 julio 1990 (Ar. 838 y 6424), 7 y 23 octubre 1992 (Ar. 7621 y 7676), 27 octubre y 18 julio 1994 (Ar. 8532 y 7055) y 28 noviembre 1995 (Ar. 8767).

[28] STSJ, Social, Extremadura 31 mayo 1994 (Ar. 1955).

[29] STS, Social, 13 diciembre 1987 (Ar. 8901).

[30] STS, Social, 28 noviembre 1988 (Ar. 8901).

[31] STS, Social, 24 abril y 4 junio 1986 (Ar. 2244 y 3464).

[32] STS, Social, 31 julio y 7 noviembre 1995 (Ar. 6926 y 8673) ó 4 mayo y 12 junio 1998 (Ar. 4089 y 5203).

(atendiendo tanto a la entidad misma de la infracción cuanto a la posible presencia de un elemento intencional ordenado a eludir la aplicación de las garantías legales en este ámbito) las siguientes irregularidades[33]: la contratación temporal de un trabajador para desarrollar actividades coincidentes con las funciones normales y habituales de un organismo público[34], la utilización del tipo eventual para cubrir necesidades permanentes si bien cíclicas[35], la omisión de la forma escrita del contrato[36], la abierta superación de los plazos máximos de duración autorizada para la respectiva modalidad[37], el hecho de no denunciar el cumplimiento del término[38] o, por no seguir, la falta de capacidad para formalizar el contrato para el fomento del empleo[39].

En estos casos flagrantes, la jurisprudencia no tuvo más remedio que aplicar la sanción laboral correspondiente: la transformación del contrato temporal en indefinido[40], evitando el filtro de la selección previa de quien accedía en términos laborales a la condición de fijo, dando plena validez a la conocida expresión "nada hay más fijo en la Administración que lo temporal"[41]. Lo verdaderamente dificultoso era --según consta-- encontrar un criterio cierto para trazar la línea divisoria entre las meras anomalías no determinantes de consecuencias tan drásticas y aquellas otras "especialmente cualificadas", configuradoras del efecto trascendente descrito[42]. En consecuencia, la inseguridad quedaba servida, pues no sería el tipo de irregularidad, sino su grado e intensidad, lo que permitiría diferenciar entre los incumplimientos especiales y cualificados de aquellos otros no considerados como tales; de modo tal que una misma inobservancia de la normativa sobre contratación temporal podría conducir a la transformación o no a partir de su entidad[43].

2.3. Tercera etapa: la primigenia distinción entre el trabajador fijo de plantilla y el trabajador temporalmente indefinido o indefinido no fijo

Quedaba abonado el terreno para, en un tercer momento, dar el salto de calidad (más que de "cambio de doctrina" cabe aludir a una "ordenación y sistematización de la precedente"[44], transformando la regla especial en general) y anteponer el principio constitucional de tutela judicial efectiva a los de mérito y capacidad. El paso decisivo lo lleva a cabo el Tribunal Supremo cuando establece --y sostiene en el tiempo[45], sumándose al principio de igualdad de efectos entre Administración y empresario privado en esta materia-- que la previsión normativa sobre acceso debe quedar ceñida "al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento", razón por la cual aquella previsión específica [el entonces art. 19 LMRFP] "no puede entenderse en el sentido de que las entidades y organismos públicos queden exentos de someterse a la legislación social cuando, actuando como empresarios, celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio de contrato laboral"; y ello a pesar de los principios constitucionales, pues

[33] STS, Social, 26 octubre 1992 (Ar. 7842).
[34] SSTS, Social, 18 marzo y 31 mayo 1991 (Ar. 1875 y 3931) ó 27 enero y 6 mayo 1992 (Ar. 75 y 3577).
[35] STS, Social, 18 diciembre 1991 (Ar. 9081).
[36] STSJ, Social, Andalucía (Sevilla) 26 febrero 1999 (Ar. 872).
[37] STS, Social, 11 mayo 1997 (Ar. 2312).
[38] STSJ, Social, Madrid 10 junio 1999 (Ar. 1968).
[39] STS, Social, 18 julio 1989 (Ar. 5873).
[40] Barreiro González, G.: "Trabajadores temporales al servicio de la Administración Local. Conversión en funcionarios", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2000, p. 39.
[41] Recordada por Miñambres Puig, C.: *La estabilidad de los funcionarios y trabajadores ¿Una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?*, Madrid, Civitas, 2001, p. 179.
[42] Cordero Saavedra, L.: *Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas*, Murcia, Laborum, 2004, p. 120.
[43] Godino Reyes, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, Civitas, 1986, p. 219.
[44] Carratala Teruel, J.L. y Labado Santiago, J.Mª.: "Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública", *Tribuna Social*, núm. 13, 1993, pp. 71 y ss.
[45] SSTS, Social, 11 febrero, 18 marzo y 31 mayo 1991 (Ar. 822, 1875 y 3931), 27 enero, 6 y 19 mayo, 20 y 27 julio y 26 octubre 1992 (Ar. 508, 3679, 3577, 5635, 5663 y 7842), 22 septiembre 1993 (Ar. 7111) ó 12 julio 1994 (Ar. 5714).

estos cualificados empleadores deben "tener en cuenta la normativa general, coyuntural y sectorial destinada a regular esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo... Negar tal sometimiento iría en contra del claro mandato del art. 9.1 de la Norma Fundamental que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico... Cuando no hay un razonable aplazamiento de la provisión regular, sino una desviación positiva del pleno sometimiento a la ley y al Derecho, por excepción, tal incumplimiento se sanciona entendiendo que la consecución arbitraria y desmedida de vínculos temporales implica un juicio permanente y favorable a la existencia de mérito y capacidad capaz de suplir la falta de pruebas selectivas"[46].

Ahora bien, el Alto Tribunal matiza y añade: "el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de éstas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida ésta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo"[47]. De este modo, aparece una extraña diferencia entre fijos al servicio de la Administración, los que han superado las oportunas pruebas de selección, y por tiempo indefinido, quienes sin superar aquéllas hayan accedido a la condición de empleados públicos por irregularidades en la contratación[48].

2.4. Cuarta etapa: la prolongación del contrato temporal ilícito únicamente hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente

Como no podía ser menos, esta tesis alcanzada en unificación de doctrina quedó abierta a las más duras de las críticas, no tardando en surgir una nueva teoría aclaratoria de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la cual, al tratar de especificar el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos, entiende que el contrato temporal ilícito se prolonga en el sector público hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente[49], lo cual no equivale a la adquisición por el trabajador de fijeza con adscripción definitiva al puesto ocupado[50]. La valoración judicial no es identificable, por tanto, con la proclamación del carácter indefinido de la relación laboral ordinaria, pues la calificación de fijeza corresponde a la posición subjetiva del trabajador, garantizándole la estabilidad en la plaza, mientras la afirmación de aquel carácter queda referida objetivamente al vínculo, no al empleado en sí mismo considerado[51].

En consecuencia, las anomalías en este ámbito no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas llamadas a garantizar una selección preceptivamente sometida a los principios

[46] STS, Social, 6 mayo 1992 (Ar. 3516) y 24 enero y 19 julio 1994 (Ar. 865 y 6684).

[47] SSTS, Social, 7 octubre y 10 y 30 diciembre 1996 (Ar. 7492, 9139 y 9846), 20 marzo 1997 (Ar. 2598) ó 20 y 21 enero 1998 (Ar. 4 y 351).

[48] STS, Social, 27 marzo 1998 (Ar. 3159).

[49] STS, Social, 20 enero 1998 (Ar. 1000).

[50] SSTS, Social, 27 marzo, 12 junio, 22 septiembre y 5, 13 y 22 octubre 1998 (Ar. 3159, 5203, 7423, 8659, 7809 y 7875), 19 y 26 enero y 13 y 18 octubre 1999 (Ar. 810, 1105, 7493 y 8147) y 6 mayo y 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 5765 y 2003, 8956).

[51] Sempere Navarro, A.V. y Quintanilla Navarro, R.Y.: *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2003, p. 114.

de igualdad, mérito y publicidad[52]. La primacía del Derecho Administrativo es --según esta doctrina jurisdiccional-- una exigencia derivada de los mencionados parámetros constitucionales, de forma que el trabajador indefinido del sector público, por haber sido contratado temporalmente fuera de la ley, ostenta un vínculo a extinguir a través de la provisión de la vacante correspondiente[53]. Por tanto, el art. 15.3 TRET pasa a ser aplicado con matices en el sector público, pues el contrato temporal ilegal no se convierte, en realidad (y pese a la controvertida terminología empleada por el Tribunal Supremo), en indefinido; antes al contrario, se prolonga hasta la cobertura de la vacante correspondiente en lo que constituye una provisionalidad sometida al término final del plazo previsto para aquélla. Esta operación jurídica provoca una novación del negocio ilícito en un contrato lícito de interinidad por cobertura de vacante, habida cuenta que el proceso de selección o promoción exigido en esta modalidad de contratación se inicia, de suyo, con la declaración judicial de irregularidad. La clave reside, desde esta perspectiva, en el comportamiento del organismo contratante, el cual debe consolidar la plaza ocupada a través de la vía de reclutamiento correspondiente y --se insiste-- también extinguir el vínculo laboral anterior[54], bien mediante la cobertura, bien mediante la amortización de la plaza[55].

3. DIFICULTADES SOBREVENIDAS DE LA FIGURA

El resultado final de esta evolución jurisprudencial ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración recogida ahora de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 TREBEP, en virtud del cual, por su duración, el contrato de trabajo celebrado por las Administraciones públicas puede ser fijo, indefinido y temporal; primera vez que por norma de rango de ley se contempla formalmente esa triple clasificación haciendo referencia a los indefinidos no fijos[56]. Y ello porque los mencionados condicionantes de mérito y capacidad impiden que la integración del personal laboral afectado por un reclutamiento irregular en el sector administrativo sea con carácter permanente.

La figura trabajador indefinido no fijo ha crecido exponencialmente en los últimos años, pues da cobertura a todos los supuestos en los que de alguna manera se detectan irregularidades graves en la contratación o se actúa en fraude de ley, pudiendo mencionar, como ejemplos más significativos los siguientes: antes de la reforma de 2021, la concatenación de vínculos temporales por un período superior a 24 meses dentro de uno de 30 meses o la prolongación de los nexos temporales legales más allá de los tres años en los contratos por obra[57]; la proliferación de becas sin fin formativo[58]; la concertación de

[52] Fernández Domínguez, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios públicos (sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública)*, Santiago de Compostela, 2003, p. 258.

[53] SSTS, Social, 21 enero, 27 marzo, 20 y 28 abril 1998 (Ar. 1138, 3725, 3725 y 3874), 19 y 26 enero 1999 (Ar. 810 y 1105), 8 febrero, 29 mayo y 29 noviembre 2000 (Ar. 1744, 4804 y 1440), 6 mayo 2003 (RJ 2003, 5765), 8 noviembre 2005 (rec. 3779/2004), 21 diciembre 2006 (rec. 4537/2005), 27 febrero 2007 (rec. 4220/2005), 27 marzo y 26 abril 2007 (RJ 3190 y 4634), 9 octubre y 3 noviembre 2008 (RJ 2008, 119 y 7654) y 29 enero 2009 (TOL 1453844) ó SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 23 septiembre 2003 (JUR 2004, 55961), Madrid 6 octubre 2003 (JUR 2004, 93260), Galicia 13 diciembre 2003 (AS 2004, 861) y 23 abril 2004 (AS 2004, 2292), Andalucía (Sevilla) 22 enero 2004 (AS 2005, 255), Castilla y León (Valladolid) 30 julio 2004 (JUR 2004, 210676), Navarra 11 abril 2005 (JUR 2005, 1355611), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 10 marzo 2006 (AS 2006, 1352), Castilla y León (Valladolid) 10 septiembre 2008 (AS 2736), Madrid 11 febrero 2009 (AS 2009, 898) y Cantabria 18 marzo 2009 (JUR 2009, 207652).

[54] SSTS, Social, 22 septiembre 1998 (Ar. 7423), 15 marzo 1999 (Ar. 2920) ó 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), comentada esta última por VALDES ALONSO, A.: "Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública", *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007, págs. 41 y ss.

[55] Lahera Forteza, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, Madrid, 2001, pág. 133.

[56] De la Villa Gil, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", cit., pág. 8.

[57] SSTS, Social, 3 diciembre 2013 (rec. 816/13) y 22 julio 2015 (rec. 1380/12).

[58] STS, Social, 22 noviembre 2005 (rec. 4752/2004).

falsos contratos administrativos de servicios de ley con personas físicas o sociedades unipersonales (art. 308.2 Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público); el recurso indebido a los servicios de una empresa de trabajo temporal fuera de los supuestos legalmente autorizados (arts. 6, 8 y disposición adicional 4ª Ley 14/1994) y las cesiones ilegales[59]; las interinidades por vacante que han desbordado el lapso previsto en el art. 70.1 TREBEP, en virtud del cual "en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años (ahora dos años)"[60]; la utilización de perceptores por desempleo para la realización de trabajos temporales de colaboración social cuando dicha posibilidad no respete la normativa aplicable[61]; o, incluso, los rescates o reasunción de servicios públicos, si bien la Ley de Presupuestos 3/2017 excluye, con vigencia indefinida, de la condición de empleados públicos a todos los que provengan de la reversión de servicios públicos tras procesos de subrogación laboral sin negar la aplicación de las "previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral" (disposición adicional 26ª), lo cual obliga a interrogarse si se ha creado una nueva "modalidad contractual" diferenciada de la figura del trabajador indefinido no fijo como "personal a extinguir" o como "personal subrogado". Esta disposición ha sido declarada inconstitucional[62].

Pero hay que tener en cuenta que en los supuestos de "sucesión de empresa" o de "reversión" de servicios públicos no hay anomalía jurídica o fraude de ley, de manera que estamos ante un supuesto jurídicamente normalizado de *personal laboral subrogado* que no genera un nuevo tipo contractual propiamente dicho, pues constituye la aplicación coherente del art. 44 TRET y de la Directiva 2001/23/CE. Este personal laboral subrogado no puede ser calificado "*per se"* cómo indefinido no fijo (salvo supuestos de fraude de ley u otra clase de anomalías jurídica o ilícito laboral en la sucesión o reversión), sino como personal laboral típico atendiendo a la modalidad de contractual que ostentaba antes de la sucesión o reversión de servicios con la empresa concesionaria, contratista o adjudicataria de los mismos. El régimen jurídico laboral básico del personal subrogado en los supuestos de sucesión de empresa encuentra su eje en ese grupo normativo iuslaboral, sin perjuicio de las peculiaridades meramente instrumentales que puedan establecerse dentro del marco del sector público. De este modo, conforme al art. 3 1 de la Directiva: "Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso". Ciertamente, según el art. 4 1: "El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo". En breves palabras: En la normativa de transposición en nuestro ordenamiento jurídico laboral, el art. 44.1 TRET (el cual constituye el eje central de dicha transposición) dispone que: "El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario *subrogado* en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente". Estaríamos aquí ante un supuesto típico de subrogación o sucesión laboral *ex lege* a título inter vivos (o cesión legal del contrato) por parte de la Administración o ente público actuante, quedando su posición iuslaboral objetivamente inalterada por el sólo hecho del traspaso. Y repárese que el servicio/actividad pública organizada objeto de la sucesión o reversión puede de nuevo -en otro momento posterior de "tráfico jurídico"- ser transferido a un tercero en calidad de empresario o ente concesionario o contratista y

[59] SSTS, Social, 23 noviembre 2016 (rec. 91/16) y 21 febrero 2017 (rec. 2720/15).
[60] SSTS, Social, 10 y 14 octubre 2014 (rec. 723/2013 y 711/2013).
[61] SSTS, Social, 27 diciembre 2013 (rec. 217/2012, 2798/2012 y 3214/2012).
[62] STCo 122/2018.

entonces los trabajadores adscritos al mismo servicio/actividad organizada serán traspasados a esos nuevos gestores del servicio/actividad externalizada o traspasada[63].

Las dificultades sobrevenidas a esta figura vienen porque aunque encuentra acomodo en el TREBEP no está incluida en el Estatuto de los Trabajadores. Y es que, la remisión que hace el TREBEP a este último en cuanto a la aplicación de la legislación laboral resulta contradictoria con esa salvedad introducida en el citado art. 11. Esto es, se podrá contratar de acuerdo a las distintas modalidades que recoge la normativa laboral, pero, en dicha normativa no hay una regulación expresa de esa figura. No parece, por tanto, que quepa la contratación *ab initio* del indefinido no fijo, sino que sería una consecuencia, no una opción –véase el art. 61.7 TREBEP que parte de la regla común de la relación fija como resultado de los procesos de acceso regular al empleo público-. En este sentido, lo que se incluye no es un tipo de contratación, sino un tipo de relación jurídica en la que su naturaleza, digamos que no estrictamente "temporal", viene condicionada por la existencia de un factor determinante que no se aprecia en la empresa privada: el interés público. En cualquier caso, el gran problema –persistente en el marco legal- es que el TREBEP dio carta de naturaleza a esta figura de origen jurisprudencial, pero no le dotó de un estatuto jurídico regular que atendiera a su especificidad.

El marcado carácter anfibológico del trabajo indefinido no fijo (temporal para algunas cosas e indefinido para otras[64]) hace harto difícil su gestión, tal y como muestra un largo rastro de pronunciamientos sobre sus prerrogativas, obligaciones e incluso un solitario pronunciamiento del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 que les atribuye el derecho a la funcionarización[65]. Se ha reconocido en vía judicial el derecho al complemento de antigüedad[66], la equiparación retributiva[67], el derecho a la movilidad geográfica[68], a una excedencia voluntaria[69], así como al desarrollo profesional, promoción y reclasificación[70], debiendo hacerse extensivo a la posible participación en un plan de evaluación docente acompañado del incentivo económico derivado de un resultado positivo que ha sido reconocido para los interinos[71]. En cambio, recientemente, los indefinidos no fijos han sido excluidos de un concurso para la provisión de puestos de trabajo[72].

Pero, sin duda, las mayores incertidumbres pivotan sobre la fórmula extintiva que se escoja para poner fin a esa relación y los efectos indemnizatorios inherentes, aspecto que requiere un enfoque particularizado, más aún si se considera la jurisprudencia comunitaria, especialmente asuntos como De Diego Porras o Huetor Vega, Martínez Andrés y Pérez López, IMIDRA, etcétera.

---

[63] Monereo Pérez, J.L.: "Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos", en Monereo Pérez, J.L.; González de Patto, R.M.; Vida Fernández, R. y Spinelli, C., Dirs.: *El empleo público: puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2018, pp.323 y ss., en particular, 329-330 y 338 y ss.; Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N., Y López Insua, B.M.: "Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos", en *Gestión Y Análisis De Políticas Públicas (GAPP)*, núm. 22, noviembre-abril de 2019. https://doi.org/10.24965/gapp.i22.10630.

[64] Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La contratación temporal en el sector público", *Documentación Laboral*, núm. 110, 2017, p. 33.

[65] Rec. 4172/2005.

[66] SSTS, Social, 4 mayo 2009 (rec. 1631/2008), 8 julio 2009 (rec. 2632/2008) y 20 septiembre 2016 (núm. 756/2016).

[67] STS, Social, 9 diciembre 2009 (rec. 339/09) y 17 marzo 2015 (rec. 381/2014).

[68] STS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015). También, SAN, Social, 2 enero 2015 (proc. 276/2014).

[69] STS, Social, 11 julio 2023 (rec. 2153/2023).

[70] STSJ. Social, Andalucía/Sevilla 22 junio 2016 (rec. 5/2016). También, SSTS, Social, 21 julio 2016 (rec. 134/2015) y 2 abril 2018 (rec. 27/2017). Igualmente, STS, Cont-Admitivo, 29 octubre 2019 (rec. 2237/2017) reconoce el derecho a la promoción horizontal a funcionarios interinos e indefinidos no fijos.

[71] ATJUE de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15.

[72] STS, Social, 29 abril 2024 (rec. 4962/2022).

4. LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO: REVISITANDO LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

La Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinadala, cuyo fin último radica en la aplicación de medidas efectivas de protección de los trabajadores que han sido sometidos a una utilización abusiva de contratos de duración determinada con objeto de sancionar debidamente dicho abuso, recoge dos pautas nucleares: de un lado, la cláusula 4 establece el principio de no discriminación de los trabajadores con contrato a término respecto de los trabajadores indefinidos comparables como principio general del Derecho de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva; de otro, la cláusula 5 impone a los Estados miembros el propósito de evitar contratos temporales sucesivos, debiendo incluir en sus ordenamientos disposiciones que prevengan y sancionen dicha renovación sucesiva abusiva, si bien contando con un margen de discreción en cuanto a las medidas preventivas y represivas a establecer dentro del límite del principio de efectividad[73].

Bajo tal paraguas, el 14 de septiembre de 2016 el Tribunal Europeo dio un paso decisivo considerando discriminatoria la falta de indemnización por la terminación de un contrato laboral de interinidad en una Sentencia, de gran impacto mediático (asunto *De Diego Porras*), en la que proporcionó respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con ocasión de un conflicto planteado por una trabajadora que prestaba servicios como interina desde febrero de 2003 en el Ministerio de Defensa, con sucesivos contratos, el último durante 7 años. A dicha empleada se le comunica la extinción de su vínculo contractual con efectos de 30 de septiembre de 2012 al producirse la reincorporación de la persona titular del puesto de trabajo que se encontraba en situación de excedencia por desempeñar un cargo de representante sindical finalizado tras la aprobación del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de junio, que, por lo que aquí importa, provoca la revocación de la dispensa de trabajo de la trabajadora sustituida.

Tras comprobar que efectivamente la recurrente en el litigio principal se hallaba en una "situación comparable" a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por el mismo empleador durante el mismo período de tiempo –realizaba, por tanto, "un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo"--, el Tribunal sienta doctrina sobre la existencia de una distinción de trato entre los trabajadores interinos y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de estos últimos, los primeros no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados. En definitiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, analizando la normativa española interna constata su oposición a la Directiva 1999/70, pues deniega cualquier cuantía por finalización de contrato al trabajador interino por reincorporación del sustituido, mientras permite la concesión de indemnización a los trabajadores fijos comparables, de modo que "el mero hecho de haber prestado servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización" bajo la justificación de no encarecer costes [art. 49.1 c) TRET]. Por ende, es contrario al ordenamiento de la Unión Europea denegar cualquier indemnización a los interinos, llegando a identificar las causas previstas en el art. 49.1 c) con las del art. 52 TRET, de manera tal que aquéllas se podrían o deberían incluir en el listado de este último precepto.

No obstante –y como motivo de preocupación adicional en cuanto a la seguridad jurídica hace--, procede reseñar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea volvió a pronunciarse, en Gran

[73] García Sánchez, A.V.: "La aplicación de la jurisprudencia del TJUE relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada a los regímenes de contratación temporal español y de las Instituciones Europeas", *Revista General de Derecho Europeo,* núm. 41, 2017, pp. 67, 78, 86 y 91.

Sala, el 5 de junio de 2018, en los asuntos *Montero Mateos*[74] *y Grupo Norte Facility*[75], cambiando el criterio al entender justificada la diferencia sobre la existencia y cuantía de la indemnización según que la modalidad contractual sea de duración determinada o indefinida. Acoge como postulado para llegar a esta conclusión el factor de "previsibilidad" o "certeza" en cuanto a la finalización de cualquier contrato temporal, circunstancia que no concurre en los contratos de duración indefinida, en los que la extinción debe producirse por una causa no prevista al iniciarse la prestación laboral y que puede ser tanto de índole objetiva como disciplinaria. De esta previsibilidad o no de la causa extintiva deriva, además, otra consecuencia: en el supuesto de extinción por causas objetivas, la indemnización legalmente prevista está pensada sobre todo para compensar las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral, la cual, en realidad, debía perdurar. En cambio, tales expectativas frustradas no existen cuando un contrato de trabajo de duración determinada simplemente finaliza por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactado o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado. Se reconoce, por tanto, la acomodación del régimen extintivo de los contratos temporales previsto en el Estatuto de los Trabajadores a la normativa comunitaria.

Aunque referida al régimen funcionarial, cabe dar noticia también de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero 2020, asunto *Baldonedo Martín*[76]*, que* ha insistido en la idea de que no se vulnera la Directiva 1999/70 el hecho de que los funcionarios interinos no reciban indemnización al finalizar su relación, incluso si la perciben quienes tienen vinculación laboral indefinida o temporal de otro tipo.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020, asuntos *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*[77], también aborda problemas suscitados en el marco de empleos funcionariales que se han dilatado en el tiempo (entre doce y diecisiete años), habiendo mediado sucesivos nombramientos para ocupar la plaza interinada. La sentencia concede relevancia al incumplimiento por parte del empleador (un Servicio Público de Salud) de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo y subraya que el Derecho de la Unión Europea impide entender justificada la renovación sucesiva de nombramientos por razones genéricas que acaban encubriendo necesidades permanentes y estables. Aclara que la Directiva 1999/70 UE no obliga a transformar los nombramientos en indefinidos, pero sí a que haya consecuencias proporcionadas y disuasorias.

En fin, otro hito importante puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, asunto *IMIDRA*[78], que censura que en el empleo público pueda prolongarse, sin límite cierto, el desempeño de un puesto de trabajo de manera interina por el hecho de que todavía no se haya cubierto con arreglo a los principios de mérito y capacidad. Este pronunciamiento ha obligado a corregir la doctrina judicial interna que venía sosteniendo que, en interinidades por vacantes del sector público, el transcurso del plazo de tres años fijado en el artículo 70 TREBEP, por sí solo, no comporta su conversión en uno de carácter indefinido no fijo, si bien la valoración de otras circunstancias (pasividad de la Administración para la cobertura, sucesión de contratos interinos en diversos destinos, ausencia de justificación de todo ello) podía abocar a conclusión contraria. Tras la Sentencia de 3 de junio de 2021 esa misma jurisprudencia ha debido rectificarse para explicar que la mera prolongación, sin horizonte fijo, de una interinidad por vacante

[74] C-677/16.
[75] C-574/16.
[76] C-1771/18.
[77] C-103/18 y C-429/18.
[78] C-726/19.

ya es incompatible con la Directiva 1999/70/CE, de manera que las contrataciones en cuestión deben abandonar la categoría de temporales y acceder a la condición de personal indefinido no fijo[79].

5. EL ENJUICIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS CONSECUENCIAS REPARADORAS

Es menester distinguir dos supuestos a la hora de analizar las posibles consecuencias indemnizatorias derivadas de la extinción de un vínculo indefinido no fijo: la amortización de la plaza y la cobertura reglamentaria

5.1. Por amortización de la plaza

La resolución del vínculo como indefinido no fijo por este motivo ha ofrecido una disparidad interpretativa en sede judicial derivada de una polarización entre exigir la utilización de los arts. 51 y 52 c) TRET (despido colectivo u objetivo) con el abono de la pertinente indemnización (20 días de salario por año de servicio)[80] o considerar que dicha exigencia es innecesaria al ser de aplicación el art. 49.1 b) TRET[81], entendiendo en este último supuesto que se materializa una "causa de extinción consignada válidamente en el contrato".

El Tribunal Supremo se pronunció, en un primer momento, sobre esta cuestión litigiosa considerando que la amortización de un puesto ocupado por un trabajador laboral indefinido no fijo de plantilla encuentra como causa la consignada en el contrato al amparo del art. 49.1 b) TRET, sin derecho por tanto a indemnización. Entendía el Alto Tribunal que este tipo de vínculo es una medida que sanciona el uso abusivo por parte de la Administración del reclutamiento temporal al poner fin a la sucesión contractual mediante la consolidación estable de una situación que terminará con la amortización o con la cobertura de la vacante por el procedimiento reglamentario, máxime cuando el trabajador que se encuentra en esta situación no queda indefenso, porque frente a la no convocatoria de la plaza, tiene acción para pedirla, y frente a las decisiones de amortización, tiene la posibilidad de impugnarlas[82].

Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Supremo ha matizado este criterio a la luz de la conocida como reforma laboral de 2012. No cabe olvidar que al establecer la regla de prioridad en el puesto a favor del personal laboral fijo en los supuestos de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la Ley 3/2012 evidencia, implícitamente, que para el legislador el indefinido no fijo precede al fijo en el orden de los despidos colectivos. Dicho en otros términos, parece que la actualmente derogada disposición adicional 16ª TRET venía a sujetar la amortización de una plaza ocupada por un empleado público laboral indefinido no fijo de plantilla a las formalidades, requisitos e indemnización previstas para la extinción contractual por causas económicas, técnicas y organizativas. De no admitirse esta conclusión, sería muy difícil responder el interrogante relativo al significado de la regla de preferencia o explicar respecto de quién tiene prioridad de permanencia el empleado público laboral fijo. Como ha

[79] La STJUE 3 junio 2021 sienta cinco los núcleos argumentales que interesa resaltar: Primero.- El Derecho de la UE es incompatible con la renovación de interinidades sin indicar plazo máximo de duración. Segundo.- Choca con las reglas de la Directiva que las interinidades de larga duración no se equiparen a la situación del personal indefinido no fijo a efectos, cuando menos, de posibilitar el abono de una indemnización al término del vínculo laboral. Tercero.- Hay que aplicar medidas efectivas destinadas a prevenir y sancionar utilización abusiva de sucesivos contratos temporales. Cuarto.- Solo consideraciones económicas (crisis) no justifican la ausencia de medidas para prevenir y sancionar la utilización sucesiva contratos temporales. Quinto.- Las prórrogas de un contrato equivalen a nuevas contrataciones, desde la perspectiva de su encadenamiento. Sempere Navarro, A.V.: "Interinidad por vacante de larga duración (caso IMIDRA)", *Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2021.

[80] STS, Social, 8 julio 2012 (rec. 2341/2011).

[81] STS, Social, 14 marzo 2002 (rec. 3191/2001).

[82] STS, Social, 22 julio 2013 (rec. 1380/2012).

señalado el Tribunal Supremo, tras la citada reforma de 2012 (actualmente derogada), la prioridad de permanencia del personal laboral fijo frente al indefinido no fijo viene justificada por el disímil origen en el acceso al puesto de trabajo, "que, si bien no puede motivar diferencias de trato mientras la relación de trabajo subsiste, es evidente su trascendencia y justificación a la hora de extinguir el vínculo"[83].

Se respeta, así, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, como ya consta, aun cuando expresamente admite la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones Públicas, no en vano la Directiva 1999/70 deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos[84], la verdad es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades[85]. Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español quedaba forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido no fijo consecuencia de la amortización de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal.

Ahora bien, pese a esta lógica argumentación, el Tribunal Supremo adoptó al principio una solución intermedia, reconociendo en los supuestos de amortización de la plaza ocupada por los trabajadores indefinidos no fijos el derecho a la indemnización por finalización de contrato temporal establecida en el art. 49.1 c) TRET (12 días de salario por año de servicio), para después admitir la interpretación más correcta, exigiendo la aplicación de los arts. 51 y 52 c) TRET y el pago de las cantidades correspondientes (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)[86]. La extinción de los contratos por amortización de las plazas supondrá, pues, el despido por causas económicas u organizativas.

5.2. Por cobertura de vacante

En cambio, el Tribunal Supremo siguió entendiendo que si la terminación del vínculo indefinido no fijo no se produce por amortización de la plaza sino que "se lleva a cabo a causa de la cobertura reglamentaria de la vacante que ocupaba, pasando a desempeñar esa actividad en el puesto otra persona que ha superado el oportuno concurso, sujeto éste a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad…, nada tiene que ver con un despido, sino con un cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa consignada válidamente en el contrato, de conformidad con lo previsto en el art. 49.1 b) TRET", si bien reconociendo, en atención a su peculiar condición, el derecho a la indemnización prevista para la terminación de los contratos temporales en el art. 49.1 c) TRET (12 días de salario por año de servicio), al considerar que el nexo está sometido a término[87].

En la aplicación de ese montante compensatorio a los trabajadores indefinidos no fijos no dejó la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de vincular su decisión a la Directiva 1999/70, así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que, con la perspectiva de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco (y no con la del principio de no discriminación de su cláusula 4, apartado 1), consideran que "constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos"[88].

[83] STS 23 noviembre 2016 (rec. 91/2016).
[84] STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.
[85] STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.
[86] SSTS, Social, 18 junio 2014 (rec. 3081/2014), 24 junio 2014 (rec. 217/2013), 14 julio 2014 (rec. 2057/2013), 19 febrero 2015 (núm. 703/2015) y 19 junio 2015 (núm. 4549/2015).
[87] SSTS, Social, 31 marzo 2015 (rec. 2156/2014), 21 julio 2015 (rec. 2672/2014), 6 octubre 2015 (rec. 2592/2014), 4 febrero 2016 (rec. 2638/2014), 7 noviembre 2016 (rec. 755/2015) y 20 noviembre 2016 (núm. 1076/2016).
[88] ATJUE 11 diciembre 2014, asunto C-86/14, *Medialdea*.

Por tanto –y al calor de esta evolución--, el Tribunal Supremo había sentado una doctrina consolidada en la que reconocía el derecho a indemnización para la extinción de la vinculación de los indefinidos no fijos distinguiendo en cuanto a su cuantía según la causa por la que se producía ésta: si por amortización del puesto de trabajo (cuantía equiparada a despido objetivo procedente –20 días--) o si por cobertura reglamentaria del puesto de trabajo (como terminación de contrato temporal –12 días--). Ahora bien, atendiendo al conocido pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto De Diego *Porras*, en ambos casos, tanto cuando la extinción se produce por amortización como por cobertura de la plaza, la indemnización debería ser de 20 días. Aun cuando tal conclusión empezó a ser alcanzada en algún pronunciamiento judicial de suplicación[89], lo cierto es que el Tribunal Supremo tardó en reaccionar, pues en una Sentencia de 7 de noviembre de 2016[90] elude el tratamiento de esta cuestión por cuestiones procesales al entender que la condición de demandante la asume en el supuesto enjuiciado el empresario.

Con posterioridad, aunque sin hacer mención a la doctrina del Tribunal Comunitario, el criterio cuantitativo de 20 días de salario por año de servicio ha sido admitido por el Alto Tribunal en sentencia de 28 de marzo de 2017[91] para un supuesto de extinción de un contrato indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la vacante por considerar, como novedad, que "parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales", de modo que la extinción "podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permitan la terminación indemnizada del contrato con 20 días de salario por año de servicio", aunque reconoce que la situación no "encaja exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el art. 52 TRET contempla", pero puede asimilarse, si bien no procede la superior indemnización por despido improcedente[92].

Como puede comprobarse, este colectivo en poco más de tres años pasó de no percibir indemnización alguna ante esta causa de extinción, a recibir, por analogía con la finalización de un contrato temporal, primero 12 días de salario por año de servicio, y ahora 20 días de salario por año trabajado. Además, y en otro hito evolutivo digno de mención, a la luz del ya conocido pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos *Montero Mateos y Grupo Norte Facility,* quedó superada la doctrina judicial reiterada con anterioridad que entendía que no se convertía automáticamente en indefinido no fijo el contrato afectado por el transcurso de los tres años a que alude el art. 70 EBEP para convocar la vacante[93].

Seguidamente, el Tribunal Supremo, a partir de la ya mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de junio de 2021 en el conocido asunto *Imidra*[94], ha pasado a entender que el mero transcurso del plazo de tres años ocupando la plaza sin que se haya procedido a la convocatoria convierte la relación en indefinida no fija con la correspondiente indemnización de 20 días[95], admitiendo excepcionalmente razones justificadas para una demora pero siempre de escasos meses más allá de los tres años[96].

[89] SSTSJ, Social, Galicia 26 octubre 2016 (rec. 2059/2016) y Asturias 8 noviembre 2016 (rec. 2142/2016).
[90] Rec. 755/2015.
[91] Rec. 1664/2015. Reiterada por muchas posteriores, entre otras: STS, Social, 26 septiembre 2023 (rec. 2569/2020).
[92] STS, Social, 8 febrero 2024 (rec. 637/2022).
[93] Entre muchas, SSTS, Social, 23 julio 2020 (rec. 1271/2018).
[94] *C-726/19.*
[95] SSTS, Social, 3 junio 2021 (rec. 1929/2019), 28 junio 2021 (rec. 3262/2019), 2 diciembre 2021 (rec. 1321/2019) y multitud de sentencias posteriores entre las cuales procede mencionar a título ejemplificativo las SSTS, Social, 26 diciembre 2023 (rec. 1138/2021) y 26 febrero 2024 (rec. 1316/2023).
[96] SSTS, Social, 19 diciembre 2023 (rec. 4895/2022) o 20 febrero 2024 (rec. 303/2024).

Esta interpretación judicial ha sido recogida, como seguidamente se verá, por la reforma de 2021.

6. LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR: ALGUNAS CLAVES DE LAS REFORMAS DE 2021 Y 2023

A modo de meras pinceladas, cabe dar cuenta de algunas medidas reformadoras de los últimos años que inciden sobre la figura del indefinido no fijo. Así, además de los procesos de estabilización (ordinaria y extraordinaria) puestos en marcha por el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, cuya tramitación como proyecto de ley dio lugar a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, con el fin de alcanzar una tasa de temporalidad que no sobrepase el 8 por 100, es menester señalar las siguientes previsiones de interés:

1.- El Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (disposición derogatoria única), derogó la disposición adicional 15ª.1 TRET, que permitía mantener en su puesto a una persona contratada temporalmente cuando se declarara el abuso en aquella contratación, hasta que se procediera a la cobertura del puesto, momento en el que se produciría la extinción de la relación laboral, salvo la superación del proceso selectivo de acceso a un empleo público por parte de la persona trabajadora.

2.- La misma suerte ha corrido la disposición adicional 16ª TRET que también ha quedado derogada, quedando eliminada del ordenamiento jurídico aquella previsión que establecía una prioridad de permanencia del personal laboral fijo frente al indefinido no fijo en el marco de los despidos colectivos realizados por las Administraciones Públicas y entidades de derecho público[97].

3.-La nueva disposición adicional 17ª TREBEP, introducida por la Ley 10/2021, reitera que "las actuaciones irregulares en la presente materia (contratación de personal laboral) darán lugar a la exigencia de las responsabilidades (disciplinarias y patrimoniales) que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas" (apartado 2º). A este respecto, procede recordar que ya con anterioridad la disposición adicional 34ª Ley 3/2017 (incluida con vigencia indefinida en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales para 2018), que atribuye responsabilidad subjetiva (disciplinaria y patrimonial, se entiende) a los órganos competentes en materia de personal en relación con el cumplimiento de la normativa sobre contratación laboral, encargándoles evitar cualquier tipo de irregularidad que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en otro indefinido no fijo[98]; formula, además, una expresa prohibición: "no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal salvo cuando… se derive de una resolución judicial". No cabe, por tanto, la autodeclaración ni tan siquiera el acta de la Inspección de Trabajo, provocando, a la postre, unas altas dosis de judicialización.

5.- La disposición adicional 17ª TREBEP prevé que el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia en un contrato temporal asociado a una vacante (3 años) dará derecho a percibir la compensación económica de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el

[97] Rodríguez Escanciano, S.: "El personal indefinido no fijo de larga duración: ¿hacia una reparación efectiva?, *Revista de Estudios Locales*, núm. 273, 2024, pp. 13 y ss. o Martín Yague, S.: "El indefinido no fijo de plantilla: estado actual y perspectivas tras la reciente STJUE de 22 de febrero de 2024", *Trabajo y Derecho*, núm. 112, 2024.

[98] Goerlich Peset, J.M. y Nores Torres, E.: "Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017", *Trabajo y Derecho*, núm. 42, 2018, p. 8.

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, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria.

6.- El apartado 3º de la citada disposición adicional 17ª TREBEP determina la nulidad de pleno derecho de "todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal"[99], lo cual parece llevar, en su interpretación literal, a la desaparición de la figura del indefinido no fijo.

7.- El art. 105 Real Decreto Ley 6/2023 prohíbe "al personal laboral no fijo" formar parte de los órganos de selección en plazas del sector público.

8.-Dejando claro el art. 11.3 TREBEP que los procedimientos de selección del personal laboral (estable o temporal) serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad, el art. 108 Real Decreto Ley 6/2023 señala que las convocatorias deberán publicarse en el mismo año natural de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la oferta de empleo público, en la que se incluyan las citadas plazas. Las convocatorias deberán ejecutarse en el plazo máximo de dos años desde su publicación, y las respectivas fases de oposición en un año, salvo causa justificada. Las plazas no cubiertas en la ejecución de una convocatoria podrán convocarse nuevamente siempre que no hayan transcurrido más de tres años desde la publicación de la oferta, previo informe del departamento con competencias en materia de función pública, que podrá asignar esas plazas a otros cuerpos o escalas, preferentemente del mismo grupo o subgrupo profesional, o categoría en el caso del personal laboral, en función de las necesidades. La nueva convocatoria deberá identificar las plazas que proceden de convocatorias anteriores y la oferta a la que corresponden.

7. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 22 DE FEBRERO DE 2024

Sin haber culminado los procesos de estabilización del personal puestos en marcha a raíz de la reforma de 2021, la sentencia de 22 de febrero de 2024 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resuelve las peticiones de decisión prejudicial acumuladas[100], planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Autos de 22 de diciembre de 2021, 21 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022), sobre la calificación de la relación laboral que vincula a los trabajadores indefinidos no fijos con la Administración Pública correspondiente y su posible incompatibilidad de con la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco.

Teniendo en cuenta que los contratos indefinidos no fijos pueden resolverse por la cobertura reglamentaria de la plaza por otro trabajador sin más requisito que el derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de una anualidad, surge la duda si tal tibia consecuencia es contraria a los objetivos de la Directiva 1999/70 al tratarse una medida que podría no

[99] Diego García, S.: "El abuso de la temporalidad en el empleo público: medidas preventivas y sancionadoras en la Ley 20/2021", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 59, 2022, p. 267.

[100] Catorce cuestiones prejudiciales en el asunto C-59/22, doce en el asunto C-110/22, y seis en el asunto C-159/22

ser apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción tal y como exige la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

En apretada síntesis, el Tribunal de Justicia realiza cinco importantes consideraciones[101]:

1.- La normativa española no garantiza la efectividad del resultado perseguido por el Acuerdo Marco y su cláusula 5ª, la cual exige la adopción de medidas dirigidas a prevenir, y, después, a sancionar los abusos en la utilización de contratos temporales. La garantía constitucional del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y la finalidad de corregir las irregularidades de la contratación temporal por los organismos públicos, que dieron lugar a la creación jurisprudencial de la contratación indefinida no fija, podían explicar la aplicación de esta modalidad contractual, pero no son "razones objetivas" que justifiquen "la renovación de tales contratos o relaciones laborales", pues no se han cumplido ni los plazos de las convocatorias públicas, ni esas convocatorias han sido frecuentes.

2.- El pago de una indemnización tasada, de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, prevista para los trabajadores indefinidos no fijos cuyo contrato se extinga por la cobertura por otra persona de la plaza que venían desempeñando provisionalmente, no es idónea para prevenir los abusos, pues su abono "parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada".

3.- La disposición adicional 43ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y la disposición adicional 17ª TREBEP, introducida por el Real Decreto-ley 14/2021, tampoco superan el juicio de adecuación o conformidad con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, dada la indefinición e imprecisión de sus mandatos normativos en lo referido a la obligación legal de las Administraciones públicas de evitar "irregularidades en la contratación laboral temporal […] que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo" (Ley de Presupuestos de 2018), y a la imputación de responsabilidades a dichas Administraciones y entidades del sector público por su incumplimiento "de conformidad con la normativa vigente" en cada una de ellas, que no se identifica (TREBEP), máxime cuando el propio Tribunal remitente ha señalado que no tenía constancia de que se hubiera "exigido responsabilidad a ninguna Administración Pública por haber promovido o suscrito sucesivos contratos temporales".

4.- Los procesos excepcionales y masivos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, llevados a efecto tras la reforma de 2021, provoca un resultado incierto para éstos, pues pueden perder su empleo si no superan las pruebas correspondientes diseñadas bajo los principios constitucionales/legales de igualdad, libre concurrencia, publicidad, mérito y capacidad. No son, por tanto, una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos en la utilización de los contratos de los indefinidos no fijos sucesivamente prorrogados.

5.- La cláusula 5ª del Acuerdo Marco no obliga a la conversión en fijos de los contratos indefinidos no fijos, pero apoya tal conversión como mecanismo de estabilidad en el empleo y de protección de los trabajadores y, por ello, como medida que sanciona efectivamente la utilización abusiva de los contratos indefinidos no fijos prorrogados automáticamente. Y ello porque la solución tradicional del indefinido no fijo "podría comprometer el objeto, la finalidad y la efectividad de dicho Acuerdo Marco que persigue evitar los abusos de la temporalidad".

[101] Rodríguez Escanciano, S.: "El personal indefinido no fijo de larga duración: ¿hacia una reparación efectiva?, *Revista de Estudios Locales*, núm. 273, 2024, pp. 13 y ss.

En fin, el Tribunal de Justicia invita de forma explícita a modificar la doctrina judicial nacional que se opone a la conversión en fijos, afectando a cientos de miles de indefinidos no fijos que por razones temporales u otras no han podido acogerse a los procesos legales excepcionales de estabilización del empleo temporal o no han podido hacerlo con el resultado de obtención de la plaza que venían desempeñando temporalmente[102].

8. ACTUACIONES JUDICIALES POSTERIORES

Con posterioridad a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 22 de febrero de 2014, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 10 de abril de 2024, ha dictado las tres sentencias correspondientes a los supuestos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dicha Sentencia, a saber:

1.-La primera, resuelve el caso de una trabajadora de la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, que encadenó desde diciembre de 1998 contratos temporales con la misma categoría, y solicitaba que se le reconociera la fijeza, o subsidiariamente, la condición de indefinida no fija. Esta pretensión ha sido estimada parcialmente, solo reconociendo el carácter indefinido no fijo de la relación laboral con antigüedad desde noviembre de 2010 por haber excedido su último contrato de los 3 años de plazo máximo en el que debe ejecutarse las ofertas de empleo público. Tal parecer judicial, que aboga por que la situación de fijeza "ha de hacerse respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE, dado que de lo contrario se podría hacer de mejor derecho a quien obtiene la fijeza por esta vía frente al que accede tal situación mediante los procesos de selección correspondientes", cuenta con tres votos particulares".

2.- La segunda, aborda el caso de un trabajador de la UNED, que ya tenía la categoría de indefinido no fijo y reclamaba que se le considerase personal laboral fijo. Entiende el Tribunal que no puede reconocer la fijeza porque se vulnerarían los principios de igualdad, mérito y capacidad, ni tampoco cabe la pretensión de acceso a la plaza ocupada por concurso, porque no existe tal previsión normativa. Tal pronunciamiento cuenta con 2 votos particulares.

3.- La tercera, se centra en el caso de una trabajadora de la Consejería de Presidencia de la Comunidad de Madrid, que solicitaba que se le declarase fija de plantilla y el abono de una indemnización equivalente a la de despido, tras 27 años encadenando diferentes contratos con la citada Administración. Dicha pretensión ha sido íntegramente desestimada, pues, por una parte, no procede atribuir la condición de fija al impedirlo la aplicación de los principios de mérito y capacidad y tampoco tiene derecho a indemnización adicional al no verse perjudicada en tanto ha mantenido su plaza durante años y no hay daño concreto acreditado. Acompañan a tal resolución, anclada en el insalvable obstáculo de que el acceso a la situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los tantas veces citados arts. 23.2 y 103.3 CE, tres votos particulares.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 22 de abril de 2024[103] ha declarado la condición de fijeza de una trabajadora del servicio de limpieza del Departamento de

[102] 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 de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2024 o Arrieta Idiakez, J.: "Contextualización y consideraciones sobre la posibilidad de convertir en fijos a los empleados públicos temporales como consecuencia de la temporalidad irregular y abusiva padecida", *El Foro de Labos,* 06/03/2024, https://www.elforodelabos.es/2024/03/contextualizacion-y-consideraciones-sobre-la-posibilidad-de-convertir-en-fijos-a-los-empleados-publicos-temporales-como-consecuencia-de-la-temporalidad-irregular-y-abusiva-padecida-parte-ii/

[103] Rec. 229/2024.

Educación que llevaba prestando servicios desde 1994 con diferentes contrataciones interrumpidas durante breves periodos de tiempo, aprobando en 2002 un proceso selectivo sin obtener plaza, por lo que pasó a formar parte de las bolsas de trabajo y pudo ocupar un contrato de interinidad desde 2009.

Igualmente, procede alertar que está pendiente de resolución otra cuestión prejudicial planteada en junio de 2023 por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en relación con una gerocultora del Consorcio Gallego de Servicio de Igualdad y Bienestar que en 2008, quien tras superar un proceso selectivo para la cobertura de puestos temporales, es contratada por esta Administración y en el año 2009 el propio Consorcio reconoce el carácter fraudulento del contrato de la trabajadora y la convierte en indefinida no fija. Esta situación de prejudicialidad comunitaria ha llevado al Tribunal Superior de Justicia de Galicia a paralizar la tramitación de cuatrocientos asuntos pendientes.

En fin –y sin ánimo exhaustivo--, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 2024, con motivo de un concurso de traslados del personal indefinido no fijo, llega a la siguiente conclusión: de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 no se deriva, en ningún caso, la necesidad de la conversión judicial automática de los trabajadores indefinidos no fijos en fijos, ya que es algo incompatible con el sistema español de autoorganización de su propia Administración Pública que se basa en los principios de igualdad, capacidad y mérito en el acceso a la función pública y que se aplica tanto a los funcionarios públicos como a los contratados laboralmente. Tampoco se deriva de la indicada sentencia una radical igualdad entre el régimen jurídico de los trabajadores fijos y de los temporales porque la Directiva 1999/70 (cláusula 4ª) permite un trato diferente entre temporales y fijos por razones objetivas.

Todo ello sin olvidar, como último eslabón de una cadena que resulta interminable, que la Sala cuarta del Tribunal Supremo ha planteado, por Auto de 30 de mayo de 2024, una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la manera de compatibilizar la doctrina acuñada por la citada sentencia de 22 de febrero de 2024 con las normas del ordenamiento jurídico nacional que garantizan el derecho de acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. En concreto, formula dos interrogantes: De un lado, ¿se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito y capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos? De otro, de ser afirmativa la respuesta a la anterior pregunta, ¿el reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral, puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?

De la redacción del texto de la cuestión presentada, parece apuntarse una cierta inclinación de nuestro Alto Tribunal por entender que no es adecuado el reconocimiento de la fijeza ante la necesaria observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino la apuesta por indemnizaciones que, de verdad, disuadan a las Administraciones de mantener en el tiempo situaciones irregulares. En concreto, se apunta a la indemnización por despido improcedente como posible solución para cumplir con dichos fines[104].

Cierto es que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 ha puesto de manifiesto que el Derecho español no respeta la Directiva 1999/70 sobre trabajo de

[104] Gordo González, L.: "Irregularidades en la contratación de empleados públicos: la historia interminable", *El Foro de Labos*, 06/06/2024, https://www.elforodelabos.es/2024/06/irregularidades-en-la-contratacion-de-empleados-publicos-la-historia-interminable/

duración determinada porque, pese a los avances de la reforma de 2021, ni tiene mecanismos eficaces para la prevención del abuso de la temporalidad ni contempla como compensación vías adecuadas de sanción del abuso en cuestión[105]. No menos verdad resulta que el imperativo categórico del art. 103.3 CE exige que la ley regule "el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad", previsión extendida a todo el empleo público (indefinido o temporal) por el TREBEP y refrendada por el Real Decreto Ley 6/2023. Por tal razón, la inestabilidad que acompaña a la figura de los indefinidos no fijos no puede venir acompañada en el Derecho español, como regla general, de la transformación automática en una relación de servicio permanente.

Como ha sentado la doctrina, "los órganos judiciales nacionales no pueden por sí mismos aplicar una solución frente al abuso de la temporalidad que, al amparo de una cláusula genérica como la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, contradiga la legislación nacional y las normas constitucionales, más aún cuando afecta a derechos fundamentales de los ciudadanos y a los pilares básicos de nuestro Estado de Derecho".[106] De ahí que sea pertinente conseguir, a través de la oportuna intervención urgente del legislador, que pueda conjugarse adecuadamente el efecto útil de la mencionada Directiva 1999/70 con el aseguramiento de los aludidos parámetros constitucionales, sin perjuicio de las reparaciones uti singuli, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de aquellos casos concretos donde la extensión de la temporalidad durante varias décadas desborda cualquier lógica o regla de sentido común.

En fin, como no podía ser de otra manera, el propósito de estas páginas introductorias del número 11 de la Revista Crítica no ha sido sino plantear una mera aproximación al trabajo indefinido no fijo con el fin de abrir el camino para reflexiones más profundas que a buen seguro se incorporarán en los correspondientes estudios de números sucesivos a cargo de prestigiosos autores.

[105] Vivero Serrano, J.B.: "La temporalidad abusiva en el sector público ante el TJUE ¿y ahora qué?", Diario La Ley, núm. 10463, 2024.

[106] Desdentado Daroca, E.: "Reflexiones críticas tras la STJUE, de 22 de febrero de 2024. El indefinido no fijo ya no sirve, pero la conversión en fijo no es posible. ¿Qué hacemos?, *El Foro de Labos*, 07/05/2024, https://www.elforodelabos.es/2024/05/reflexiones-criticas-tras-la-stjue-de-22-de-febrero-de-2024-el-indefinido-no-fijo-ya-no-sirve-pero-la-conversion-a-fijo-no-es-posible-que-hacemos/