Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial
nº 13 (4º Trimestre 2024)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970
Pags. 251-271

# La contratación temporal abusiva en la Administración Pública: la figura de los trabajadores indefinidos no fijos y su evolución jurisprudencial

# Abusive temporary contracts in the Public Administration: the figure of non-permanent indefinite workers and its jurisprudential evolution

Yolanda Fernández López *Juez de lo Social y Doctoranda*
*Universidad de Granada*
https://orcid.org/0009-0007-7134-6163

Sumario

1. INTRODUCCIÓN: LA NOCIÓN DE TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO
2. MARCO JURÍDICO DE LA RELACIÓN DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO
   2.1. Derecho de la Unión Europea
   2.1.1. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
   2.1.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
   2.1.3. Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada
   2.1.4. Reglamento (UE) nº 492/2011 de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión
   2.2. Derecho interno
   2.2.1. La Constitución Española
   2.2.2. El Estatuto de los Trabajadores
   2.2.3. El Estatuto Básico del Empleado Público
   2.2.4. La Ley 20/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público
   2.2.5. Las leyes de presupuestos generales del estado para los años 2017 y 2018
3. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE CARÁCTER FIJO
4. LA FIGURA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO COMO RESPUESTA A LOS ABUSOS DE TEMPORALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO
5. NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN POR LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA NO FIJA
6. LA STJUE DE 22 DE FEBRERO DE 2024: PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL
7. CONCLUSIONES
8. BIBLIOGRAFÍA

Fecha Recepción: 13/11/2024
Fecha Revisión: 25/11/2024
Fecha Aceptación: 11/12/2024

Cita Sugerida: FERNÁNDEZ LÓPEZ, Y.: «La contratación temporal abusiva en la Administración Pública: la figura de los trabajadores indefinidos no fijos y su evolución jurisprudencial». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 13 (2024): 251-271.

**Resumen**

La figura de los trabajadores indefinidos no fijos como solución jurisprudencial a la abusividad en la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas para cubrir necesidades de carácter estructural ha generado un intenso debate tanto por parte de la doctrina como por los juzgados y tribunales, desembocando finalmente en la elevación de una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Tribunal Supremo en la incesante búsqueda de la adecuación de la normativa interna a las directivas comunitarias. Constituye ésta la temática que se aborda en el presente artículo, el análisis de de la evolución jurisprudencial de la meritada categoría.

**Palabras clave**

Trabajadores indefinidos no fijos; contratación temporal abusiva; fijeza; indemnización.

**Abstract**

The figure of non-permanent permanent workers as a jurisprudential solution to the abuse in temporary hiring by Public Administrations to cover structural needs has generated an intense debate both on the part of the doctrine and by the courts and tribunals, ultimately leading to in the raising of a new question for a preliminary ruling before the Court of Justice of the European Union by the Supreme Court in the incessant search for the adaptation of the internal regulations to the community directives. This constitutes the topic addressed in this article, the analysis of the jurisprudential evolution of the merited category.

**Keywords**

Non-permanent indefinite workers; abusive temporary hiring; permanent employment; compensation.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA NOCIÓN DE TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO

La configuración jurídica de lo que se conoce como trabajadores indefinidos no fijos es la respuesta a la confrontación entre dos principios en conflicto, aparentemente irreconciliables como es la estabilidad en el empleo en cuanto finalidad última perseguida por el legislador frente a determinados comportamientos que quiebran en relación con la normativa que disciplina el acceso al empleo público (arts. 14, 23.2 y 103.3 CE; y 55 EBEP).[1]

El conflicto se desarrolla en el marco de la sujeción del empleador de naturaleza pública al derecho laboral por un lado y por otro al derecho administrativo. El derecho del trabajo defiende la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada o una cesión ilegal, mientras que el derecho administrativo establece unos sistemas selectivos del personal laboral fijo (la oposición, el concurso-oposición y el concurso de méritos) que deben garantizar la igualdad de todos los ciudadanos y que, al objetivar el reclutamiento de los mismos a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la imparcialidad y eficacia en la actuación de las Administraciones públicas a través de una selección objetiva y equitativa.[2]

Se trata, como se sabe, de una figura que tiene un origen jurisprudencial y que, prácticamente, no ha tenido una proyección en el marco normativo. El artículo 15 ET obliga a considerar como indefinida la relación laboral del trabajador irregularmente contratado mediante la modalidad contractual de trabajo temporal. Por su parte el artículo 103.2 CE condiciona el acceso al empleo público a la convocatoria de procesos selectivos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad; mientras que las normas del Derecho de la Unión Europea obligan asimismo a garantizar la libre circulación de trabajadores entre los Estados miembros.

Para conciliar adecuadamente estos preceptos legales, cuando la empleadora es un organismo del sector público, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado la situación jurídica del trabajador indefinido no fijo, como solución a la problemática que se presenta en los casos en los que un organismo público ha contratado a trabajadores mediante contratos de duración determinada que resultan ilegítimos, por ser contrarios a las normas que regulan la contratación temporal, o incurre en abuso, por la utilización sucesiva de contratos temporales, ante la imposibilidad legal de atribuir a ese trabajador la condición de personal laboral fijo, porque no ha accedido al empleo público tras la convocatoria del correspondiente proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad que propugna la carta magna.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado la figura del trabajador indefinido no fijo para resolver los casos en los que una entidad pública contrata a trabajadores temporalmente de forma irregular o abusa de contratos sucesivos, sin poder otorgarles el estatus de personal laboral fijo. Esto se debe a que estos trabajadores no han pasado por el proceso selectivo requerido para el empleo público.

La contratación temporal irregular se convierte por tanto en indefinida no fija desde su inicio, manteniendo el vínculo laboral hasta que la plaza se cubra mediante el procedimiento reglamentario. En ese momento, la relación laboral se extingue con derecho a la percepción de una indemnización de veinte día por año de servicio, indemnización a la que no tendría derecho si los contratos temporales

[1] Beltrán de Heredia Ruiz I.: *Qué es un indefinido no fijo*. Blog de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz. octubre 2024.

[2] Roqueta Buj, R.: "Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 442, 2020, pp. 23-61.

fueran legítimos y no abusivos. Además, mientras dure la relación laboral, el trabajador indefinido no fijo goza de los mismos derechos que los trabajadores fijos, incluso en lo relativo a promoción y acceso a otros puestos de trabajo distintos de aquel para el que fue contratado temporalmente y en cualquier clase de materia (remuneración, promoción profesional, incentivos, etc...).

Con la calificación del despido como nulo, con la obligada readmisión del trabajador indefinido no fijo, si el cese se produce una vez declarada tal condición y bajo la invocación por el empleador de la llegada de un término temporal que es inexistente. De igual manera que se reconoce a favor de los trabajadores indefinidos no fijos la misma indemnización que corresponde a los trabajadores fijos en caso de despido improcedente, si la extinción de la relación laboral es ilegítima y no obedece a la cobertura reglamentaria de la plaza que estaban desempeñando.

El Tribunal Supremo reconoce dos vías para la transformación de la relación laboral en indefinida no fija. La primera se produce cuando el contrato de duración determinada es desde el inicio contrario a derecho; y la segunda de ellas y más habitual, se produce cuando la contratación temporal inicial es ajustada a derecho porque su objeto es el de cubrir una plaza vacante hasta la definitiva cobertura de la misma mediante los correspondientes procesos selectivos convocados al efecto pero que sin embargo sucede un abuso de contratación temporal extendiendo la relación laboral más allá de un plazo razonable (inusualmente largo).

En su sentencia de 28 de junio de 2021 (rec. 3263/2019), (ES:TS:2021:2454) el Tribunal Supremo, alineándose con la STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19, IMIDRA) (ECLI:EU:C:2021:439), establece que las administraciones públicas tienen un plazo máximo de tres años para culminar procesos de selección de personal conforme lo dispuesto en el artículo 70 EBEP. La relación laboral del trabajador contratado legítimamente de manera provisional para cubrir ese puesto pasa a ser entonces indefinida no fija, cuando se prolonga en el tiempo durante ese plazo de tres años, porque la superación de ese periodo temporal supone que se ha producido un abuso en la utilización de la contratación temporal tras el cual la relación laboral pasa a ser indefinida no fija. Finalmente, cuando la relación laboral se convierte en indefinida no fija debido a un uso ilegítimo o abusivo de la temporalidad, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización de veinte días por año de servicio al momento de la extinción de la relación. [3]

La STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19) establece que no es contraria al Acuerdo Marco una normativa nacional que permite la renovación de contratos de duración determinada para cubrir temporalmente una plaza en la Administración, a la espera del resultado de los procesos de selección de un titular (apartado 57). Tras lo que señala, que la observancia de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, requiere que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales (apartado 59). Lo que obliga a examinar en cada caso todas las circunstancias del asunto, tomando en consideración, en particular, el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma

[3] La STS n.º 649/2021, de 28 de junio de 2021, (contrato de interinidad por vacante de trabajadora cesada por cobertura de la plaza, conversión en indefinida no fija e indemnización), rectifica doctrina:*«(...) aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del art. 4.1 y 2.b RD 2720/1998 en los términos ya expuestos, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo».*

persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que contratos o relaciones laborales de duración determinada, aunque se concluyan en apariencia para atender a una necesidad de sustitución de personal, sean utilizados de manera abusiva por los empleadores (apartado 60) considera esta conversión una medida sancionadora ante la utilización abusiva de contratos temporales.

Una vez que la relación laboral ha pasado a ser indefinida no fija, es cuando se genera el derecho a percibir la indemnización de veinte días por año de servicio al momento de su extinción por la cobertura de la plaza. Por consiguiente, la indemnización de veinte días por año de servicio solo se percibe cuando la relación laboral se ha transformado en indefinida no fija porque hay una utilización ilegítima de la contratación temporal, o cuando se produce un abuso en la duración de la contratación temporal por haberse prolongado en el tiempo durante más de tres años.

La meritada STJUE de 3 de junio de 2021, (asunto C-726/19,IMIDRA) en su apartado 73, invocando el precedente de la STJUE 14 de septiembre 2016, (asuntos C-197/2015 y C-184/2015, MARTÍNEZ ANDRÉS Y CASTREJANA LÓPEZ), (ECLI:EU:C:2016:680) parece aceptar que la conversión de la relación laboral en indefinida no fija pudiera ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada.[4]

## 2. MARCO JURÍDICO DE LA RELACIÓN DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO

La figura de los trabajadores indefinidos no fijos es fruto de la creación jurisprudencial. Efectivamente, la contratación de trabajadores fijos en las Administraciones públicas ofrece la peculiaridad de que debe atenerse a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 55 EBEP). Por ello, las irregularidades en la contratación temporal no pueden tener la consecuencia normal de estimar como fijos a los trabajadores temporales contratados irregularmente, pues si así fuera se defraudaría la aplicación de las normas antes señaladas que exigen procedimientos públicos para la contratación del personal laboral fijo. Y así, el Tribunal Supremo estima que el contrato debe calificarse como indefinido (no sometido a término), pero el trabajador no puede ser considerado fijo de plantilla; es el personal por tiempo indefinido no fijo de plantilla.

La regulación de la categoría de trabajador indefinido no fijo tiene encuadre normativo tanto en la legislación de la unión europea como en la nacional y que fundamentalmente se concretan en las siguientes:

### 2.1. Derecho de la Unión Europea

#### 2.1.1. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla (apartado 1).

Conforme a su artículo 45 quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión suponiendo 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 todo ello sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder

[4] Sempere Navarro, A.V.: "Interinidad por vacante de larga duración (Caso IMIDRA)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2021.

a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.

Las disposiciones del citado artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública. Aunque el artículo 45.4 del TFUE excluye ciertos empleos en la administración pública del derecho de libre circulación, esta excepción solo se aplica a los puestos que implican el ejercicio del poder público y la salvaguarda de los intereses generales del Estado. Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los empleos en el sector público que no implican funciones de poder público no están exentos de la libre circulación.

Por tanto, el acceso al empleo público en España debe respetar tanto los principios de igualdad, mérito y capacidad como la libre circulación de trabajadores de la UE, excepto en aquellos puestos vinculados al ejercicio directo de potestades públicas. Para cumplir estos principios, los empleos públicos abiertos deben ofrecerse en convocatorias accesibles a todos los ciudadanos de la UE que cumplan los requisitos exigidos.

### 2.1.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El capitulo III relativo a la igualdad establece en su artículo 20 que todas las personas son iguales ante la ley y en su artículo 21 propugna la no discriminación al establecer que se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea.

### 2.1.3. Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada

La Directiva 1999/70, en su art. 2, exige a los Estados miembros adaptar sus normativas para cumplir con lo dispuesto en la Directiva permitiendo que sean los Estados miembros quienes definan dichos términos en conformidad con el derecho y las prácticas nacionales, a condición de que dichas definiciones respeten el contenido del Acuerdo marco.

La cláusula 5 establece como medidas destinada a evitar abusos en la renovación sucesiva de contratos temporales, y cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir la utilización abusiva de contratos temporales, indicando que los Estados miembros deben tener en establecer alguna o algunas de las siguientes medidas: fijar razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos temporales, la duración máxima total de los sucesivos contratos de duración determinada así como el número de renovaciones de tales contratos.

### 2.1.4. Reglamento (UE) nº 492/2011 de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión

El art. 1.1 del Reglamento garantiza a los nacionales de un Estado miembro el derecho a ejercer una actividad laboral por cuenta ajena en otro Estado miembro, bajo las normativas de empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado.

## 2.2. Derecho interno

### 2.2.1. La Constitución Española

El artículo 14 de la CE consagra el principio de igualdad ante la ley, prohibiendo cualquier forma de discriminación. Por su parte el artículo 23.2 garantiza el acceso igualitario a cargos públicos según los requisitos legales, y el artículo 103.3 regula el acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad.

### 2.2.2. El Estatuto de los Trabajadores

El artículo 15, apartado 4 del ET señala que las personas contratadas incumpliendo lo establecido en el artículo adquirirán la condición de fijas y en su apartado 5 establece que sin perjuicio de lo anterior, las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas.

La disposición adicional decimoquinta del ET, relativa a la «Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas», puntualiza que para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5, solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas.

### 2.2.3. El Estatuto Básico del Empleado Público

El EBEP regula el acceso al empleo público en sus arts. 8, 11, 55 y 70, clasificando al personal laboral en fijo, por tiempo indefinido o temporal, y señalando que los procesos de selección deben respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

El artículo 55, apartado 1, del EBEP dispone que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y el artículo 70 establece la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos dentro del plazo improrrogable de tres años.

### 2.2.4. La Ley 20/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público

El artículo 1, apartado 3, de la Ley 20/2021 introdujo la disposición adicional decimoséptima en el EBEP, que establece las siguientes directrices:

a) Prevención de irregularidades en contratos y nombramientos: Las Administraciones Públicas deben evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y en los nombramientos de personal funcionario interino.

b) Exigencia de responsabilidad: Las "actuaciones irregulares" en contratación temporal generarán la exigencia de las responsabilidades correspondientes, conforme a la normativa vigente en cada Administración Pública.

c) Compensación por contratación irregular: En caso de una contratación temporal irregular, el trabajador tendrá derecho a una compensación adicional, calculada como la diferencia entre el importe máximo resultante de aplicar veinte días de salario por año de servicio (hasta un máximo de doce mensualidades) y la indemnización que corresponda al finalizar el contrato.

### 2.2.5. Las leyes de presupuestos generales del estado para los años 2017 y 2018

La disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley Ley 6/2018, de 3 de julio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (que reemplaza a la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017 de 27 de junio de Presupuestos de 2017) estipula que la condición de "trabajador indefinido no fijo" solo puede concederse mediante resolución judicial.

Además, establece que las "actuaciones irregulares" en contratación temporal, realizadas por los órganos competentes en materia de personal de las Administraciones Públicas y del Sector Público Instrumental, darán lugar a la exigencia de responsabilidades, de conformidad con la normativa vigente en cada Administración Pública.

## 3. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE CARÁCTER FIJO

Para el sector privado, el artículo 15 del ET y el Real Decreto 2720/1998 regulan la contratación temporal conforme a la cláusula 5 del Acuerdo Marco, previniendo abusos en la sucesión de contratos temporales. Estas medidas incluyen:

a) Adquisición de la condición de trabajador indefinido por fraude de ley: Los contratos temporales celebrados en fraude de ley se consideran indefinidos desde su inicio.

b) Límite en la sucesión de contratos: La sucesión de contratos temporales se limita a veinticuatro meses dentro de un período de treinta meses, y los procesos de selección para cubrir puestos de trabajo para los que se haya contratado a un interino no deben exceder los tres meses.

c) Sanción por abuso de temporalidad: El incumplimiento de estas disposiciones convierte la relación laboral en indefinida, equiparando al trabajador con los empleados indefinidos de la empresa y neutralizando los efectos del abuso de temporalidad.

Por consiguiente, cuando el empleador es una empresa privada que no forma parte del sector público, ninguna duda ofrece sobre la adecuación de tales preceptos legales a la cláusula 5 del Acuerdo Marco. En ese caso, la aplicación de las normas de derecho interno conduce a calificar a todos los efectos como indefinida la relación laboral concertada con abuso de la contratación temporal. Lo que supone equiparar íntegramente al trabajador que ha sido objeto de una contratación temporal abusiva con los trabajadores indefinidos de la misma empresa, compensando de esta forma los efectos perjudiciales sufridos por el trabajador abusado. Se trata de una medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración

En el ámbito público, el Derecho español permite la contratación de personal laboral conforme a las disposiciones del ET, siempre que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad, garantizados en los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la CE.

Por su parte, los artículos 11.3 y 55.1 del EBEP reconocen el derecho de todos los ciudadanos de acceder al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que deben regir en todo caso los procedimientos de selección del personal laboral.

Los principios de igualdad, mérito y capacidad son por lo tanto aplicables a todas las modalidades de acceso al empleo público, tanto a los funcionarios como al personal laboral. No hay en esta materia ninguna discrepancia entre la doctrina del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional. Ambos Tribunales consideran que el art. 103. 2 de la CE es aplicable al personal laboral de los organismos y administraciones públicas, para garantizar el cumplimiento en ese ámbito del acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. El propio Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que el art. 14 de la CE también garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público no funcionarial, otorgando de esta forma una protección igualmente aplicable a cualesquiera normas y actos que afecten al personal laboral, con independencia del carácter funcionarial o laboral del personal afectado (fundamento jurídico 8; STC 236/2015, de 19 de noviembre de 2015, *ECLI*:ES:TC:2015:236)[5].

A esos efectos, como señala en su apartado 43 la STJUE de 20 de junio de 2019, (asunto C-72/18, USTARIZ ARÓSTEGUI) (ECLI:EU:C:2019:516), los Estados miembros disponen de la facultad de apreciación en relación con la organización de sus propias Administraciones Públicas, y pueden, "sin infringir la Directiva 1999/70 ni el Acuerdo Marco, establecer requisitos para el acceso a condición de funcionarios de carrera y las condiciones de trabajo de tales funcionarios. Lo que supone admitir que los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación para regular los requisitos y condiciones de acceso al empleo público.

[5] Véase al respecto la STC 236/2015 cuando dice "*Si bien las mencionadas garantías del ar. 23.2 CE solo se dispensan a los ciudadanos que acceden a las funciones públicas que se ejercen a través de una relación de servicio con la Administración de carácter estatutario, nuestra jurisprudencia reconoce que el art. 14 CE también garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público no funcionarial, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a él que tengan carácter discriminatorio (SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4; 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 38/2007, de 15 de febrero, FJ 8, y 128/2007, de 4 de junio, FJ 4). Protección que debe entenderse también aplicable a cualesquiera normas y actos que afecten al personal laboral durante la vigencia de la relación laboral que les vincula con la Administración. En suma, ya sea a partir del art. 23.2 CE o del art. 14 CE resulta aplicable un canon parcialmente equivalente de enjuiciamiento, con independencia del carácter funcionarial o laboral del personal afectado, en la medida en que la igualdad que garantiza el art. 23.2 CE en el acceso a las funciones públicas que desempeña el personal estatutario constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE en el conjunto de las funciones públicas. A partir de ese canon común, quienes tengan la condición de funcionario disfrutan además de la protección que ofrece la garantía de la predeterminación normativa que consagra el art. 23.2 CE".*

En ese contexto, y dentro de ese margen de apreciación del que disponen los Estados miembros, conforme al derecho español, el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad constituye un requisito de acceso a la condición de empleado laboral fijo del sector público, sin cuyo cumplimiento no es posible adquirir tal condición.

## 4. LA FIGURA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO COMO RESPUESTA A LOS ABUSOS DE TEMPORALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO

Según el artículo 15 del ET, la relación laboral de un trabajador irregularmente contratado como temporal debe considerarse indefinida. Sin embargo, el artículo 103.2 de la CE establece que el acceso al empleo público debe realizarse mediante procesos selectivos que respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad. Al mismo tiempo, el Derecho de la Unión Europea obliga a garantizar la libre circulación de trabajadores entre los Estados miembros.

Para armonizar estas disposiciones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido la figura del trabajador indefinido no fijo en el sector público como solución en casos de abuso de contratación temporal. Esta figura se emplea cuando un organismo público utiliza contratos temporales de manera sucesiva y abusiva, pero no puede ofrecer al trabajador la condición de personal fijo por la falta de un proceso selectivo que cumpla los principios mencionados. En estos casos, el contrato temporal pasa a ser indefinido no fijo desde su inicio, garantizando la estabilidad del vínculo laboral hasta la cobertura definitiva de la plaza mediante el proceso reglamentario correspondiente. Cuando la plaza es cubierta, la relación laboral del trabajador indefinido no fijo se extingue con una indemnización de veinte días por año de servicio, la cual no procede si la temporalidad fue legítima y no abusiva.[6]

Durante el tiempo en que el trabajador permanece en esta condición, la jurisprudencia le otorga los mismos derechos que a un trabajador fijo, incluidos los de remuneración, promoción y otros beneficios. Además, si el cese de un trabajador indefinido no fijo ocurre bajo la premisa de un término temporal inexistente, se considera despido nulo, lo que obliga a la readmisión del trabajador. En caso de despido improcedente, también recibe la misma indemnización que un trabajador fijo.

Como ya hemos indicado anteriormente, la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo puede originarse de dos maneras: cuando el contrato inicial es ilegítimo desde el comienzo o cuando, siendo válido en su origen, su prolongación se vuelve abusiva debido a la falta de un proceso de selección. La doctrina de la Sala IV desde el año 2021 determina que si la relación laboral de carácter temporal supera el plazo máximo de tres años establecido para que las administraciones públicas completen el proceso de selección para las plazas cubiertas de manera provisional, el contrato temporal se considera abusivo y se convierte en indefinido no fijo.

[6] Cavas Martínez, F.: "El contrato indefinido no fijo: ¿una medida eficaz para combatir el abuso de la temporalidad en el sector público?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 10, número 3, 2022, ISSN 2282- 2313. "*La figura del trabajador "indefinido no fijo" constituye así una verdadera contradictio in terminis, de modo que para el personal laboral temporal contratado irregularmente y/o en fraude de ley en la Administración Pública no rige la consecuencia de atribución de fijeza en el puesto de trabajo que se viniera desempeñando, sino únicamente su consideración como contratado por tiempo indefinido, con derecho a ocupar la plaza hasta que la misma se cubra por el procedimiento implementado al efecto o hasta que se decida su amortización. De este modo, la habitual identificación entre duración indefinida y fijeza que se aplica en el sector privado no opera en el ámbito del empleo público, donde se puede ser personal indefinido pero no fijo, como se comprueba en los arts. 8 y 11 EBEP, donde se clasifica al personal laboral en fijo, por tiempo indefinido y temporal. La incidencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el régimen de acceso a un empleo en el sector público justifican esta solución especial respecto de la general aplicable en estos casos cuando las mismas irregularidades se cometen en empresas del sector privado, sin que el TC haya advertido tacha de inconstitucionalidad alguna*"

El concepto de trabajador indefinido no fijo ha evolucionado a lo largo de más de veinte años de jurisprudencia, caracterizándose por un proceso interpretativo del Tribunal Supremo que se puede sintetizar en varias fases.

En una primera fase en STS de 27 de noviembre de 1989, se establece que las irregularidades en la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas no pueden, por sí solas, convertir un contrato temporal en indefinido, a menos que se sigan los principios de publicidad y mérito.

En una segunda fase, el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de octubre de 1996, establece que el carácter indefinido de un contrato no implica que el trabajador obtenga automáticamente una condición de fijeza sin haber superado los procedimientos de selección. Se enfatiza que la provisión regular del puesto de trabajo es obligatoria y que la falta de cumplimiento puede llevar a la extinción del contrato.

Como se menciona en la STS del 20 de enero de 1998, "el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término", pero esto no significa que el trabajador obtenga una fijeza sin pasar por los procedimientos de selección adecuados.

En una tercera fase en la STS de 14 de octubre de 2013 (rec. 68/2013) señala que, a pesar de que los contratos de personas trabajadoras indefinidas no fijas podrían considerarse equiparables a los contratos de interinidad y que la extinción de estos contratos por causas distintas a la cobertura reglamentaria de la plaza justifica la aplicación de la indemnización prevista en el artículo 49.1.c ET para evitar un trato desigual injustificado. Este criterio ha sido reiterado en varias sentencias posteriores, lo que indica una tendencia hacia el reconocimiento de derechos de indemnización para los trabajadores indefinidos no fijos en virtud de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70, en caso de amortización simple como medida dirigida a evitar el uso abusivo de la contratación temporal (STS 24 de junio de 2014, rec. 217/2013) (ECLI:ES:TS:2014:3081).

La STS del pleno 257/2017, de 28 de marzo (rec. 1664/2015), (ES:TS:2017:1414) tras un examen "profundo" del asunto, se replanteó la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en el supuesto de extinción del contrato por cobertura reglamentaria de la plaza, lo que le llevó a fijar un nuevo criterio cuantitativo, consistente en la indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades del artículo 53.1 b) ET.[7]

Precisa la STS 257/2017, de 28 de marzo, que la equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual por causas objetivas, sino porque la extinción por cobertura reglamentaria de la plaza podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 21 de noviembre de 2018, C-619/17, asunto DE DIEGO PORRAS II, (ECLI:EU:C:2018:936) ha entendido que la indemnización prevista en el artículo 49.1 c) ET no puede ser calificada como una medida eficaz contra el uso abusivo de la contratación temporal (STS 13 de marzo de 2019, rec. 3970/2016).

[7] La STJUE de 14 de septiembre 2016 (C-596/14, asunto DIEGO PORRAS), (ECLI:EU:C:2016:683) fue resuelto por el TSJ Madrid (sentencia 5 de octubre 2016, rec. 246/2014) confirmando el derecho a la percepción de una indemnización de veinte días a una trabajadora interina por sustitución del Ministerio de Defensa al reincorporarse la liberada sindical a la que sustituía después de 7 años entendiéndose que no existía una razón objetiva que justificara un trato diferenciado entre la indemnización por extinción del contrato por cumplimiento del término y la derivada por causas objetivas de los indefinidos.

La doctrina desarrollada por la Sala IV a partir de la sentencia del Pleno de 28 de junio 2021, rec. 3263/2019 (ECLI:ES:TS:2021:2454), dictada a raíz de la STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19 (Caso IMIDRA), el Tribunal Europeo, matizando y modificando previos pronunciamientos (SSTJUE 21 de noviembre de 2018 (C-691/17), asunto DE DIEGO PORRAS II; 5 de junio de 2018 (C-677/16) asunto MONTERO MATEOS; 5 de junio de 2018 (C-574/16) GRUPO NORTE FACILITY, 22 de enero de 2020 (C-1761/18) asunto BALDONEDO MARTÍN; 19 de marzo de 202 (C-103/18 y C-429/18) asunto SÁNCHEZ RUIZ y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ)[8], admitió la utilización de los contratos de interinidad por vacante hasta la finalización del proceso de cobertura de la plaza, pero condicionando su validez al requisito de que se respetara un plazo cierto, preciso y determinado para la convocatoria y finalización de tal proceso (considerando el Tribunal que el plazo de tres años del art. 70 del EBEP era en principio adecuado a estos efectos), todo ello en aplicación e interpretación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en concreto de la Cláusula 5 del citado Acuerdo Marco.

En dicha Sentencia el Tribunal Supremo expresa una nueva doctrina según la cual una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada (hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva,) ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo.

Con carácter general, la legislación laboral no establece un plazo preciso y exacto de duración del contrato de interinidad por vacante, vinculando la misma al tiempo que duren dichos procesos de selección conforme a lo previsto en su normativa específica (artículo 4.2 b) RD 2720/1998, de 18 de diciembre), normativa legal o convencional a la que habrá que estar cuando en ella se disponga lo pertinente al efecto. Ocurre, sin embargo, que, en multitud de ocasiones, la norma estatal, autonómica o las disposiciones convencionales que disciplinan los procesos de selección o de cobertura de vacantes no establecen plazos concretos y específicos, para su ejecución, en tales supuestos no puede admitirse que el desarrollo de estos procesos pueda dejarse al arbitrio del ente público empleador y, consecuentemente, dilatarse en el tiempo de suerte que la situación de temporalidad se prolongue innecesariamente.

Para evitarlo, el Tribunal Supremo en aplicación de la STJUE de 3 de junio de 2021, citada, estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga, entendiendo que dicho plazo es el que mejor se adecúa al cumplimento de los fines pretendidos por el Acuerdo Marco sobre contratación

[8] STJUE 5 de junio y 21 de noviembre 2018, Asunto De Diego Porras II, Grupo Norte-Montero Mateos, no se considera discriminatorio el no establecimiento de indemnización por fin de contrato de interinidad finalizado a la reincorporación del trabajador, no existe discriminación si existen razones objetivas y la razón objetiva radica en que la indemnización prevista para el despido por causas objetivas (art. 53, apartado 1, letra b, ET) persigue compensar la frustración de las expectativas legítimas del trabajador, quien no sabía cuándo ni bajo que circunstancias concretas se pondría fin a su relación. En cambio, cuando existe un contrato de interinidad no se contempla indemnización (art. 49, apartado 1, letra c, ET) ya que desde el mismo momento de celebrar el contrato sabe cuál es la condición que le pondrá fin y por tanto no hay sorpresa ni frustración que merezca indemnización.

determinada y con el carácter de excepcionalidad que la contratación temporal tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22) reafirma que los trabajadores indefinidos no fijos están comprendidos en el ámbito del Acuerdo Marco y rechaza normativas que no prevén medidas efectivas para evitar abusos en la contratación temporal. La sentencia también critica la falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional español para prevenir abusos en la temporalidad en el sector público, permitiendo que, en ausencia de estas, los contratos temporales puedan transformarse en contratos fijos como sanción por el abuso.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que la figura del trabajador indefinido no fijo es una respuesta jurídica frente a los abusos en la contratación temporal en el sector público, protegiendo los derechos del trabajador y garantizando el derecho del empleador a convocar las plazas mediante concurso público.[9]

## 5. NATURALEZA JURÍDICA, FUNDAMENTO Y FINALIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN POR LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA NO FIJA

En la STJUE de 22 de febrero de 2024, se establecen dos puntos clave sobre la situación de los trabajadores indefinidos no fijos: primero, que deben considerarse como trabajadores con contratos de duración determinada según el Acuerdo Marco, y, segundo, que los contratos indefinidos no fijos, cuando no se convocan los procesos selectivos correspondientes, se prorrogan automáticamente bajo el mismo criterio de temporalidad.

Estas conclusiones no contradicen la jurisprudencia nacional sobre el régimen jurídico del contrato indefinido no fijo, sino que son compatibles con el derecho español y con el derecho de la Unión, lo cual permite su aplicación sin interpretación contraria a la legislación nacional. Así, el trabajador indefinido no fijo se considera con contrato de duración determinada debido a la causa extintiva desde el inicio de la relación laboral. Asimismo, la prolongación indefinida de este tipo de relación, mientras se espera la convocatoria del proceso selectivo, equivale a una prórroga automática de un contrato temporal.

La STJUE de 22 de febrero de 2024 también plantea que la indemnización de veinte días de salario por año de servicio, que actualmente se aplica a los contratos indefinidos no fijos, podría contradecir el Acuerdo Marco al no diferenciar si la contratación sucesiva es abusiva o legítima. En

[9] Desdentado Bonete, A.: "Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada", *Revista de información laboral*, núm. 10, 2018, pp.17-45. Creador, de la jurisprudencia (SSTS de 20 y 21 de enero de 1998) que dio carta de naturaleza a los trabajadores indefinidos no fijos en el sector público indefinidos como sanción al incumplimiento por las Administraciones públicas de la legislación laboral sobre la contratación laboral, pero no fijos por impedirlo los principios constitucionales rectores de acceso al empleo público, de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), y en el que mostró su gran desencanto ante la evolución seguida por su criatura institucional de la mano de la jurisprudencia, que sucesivamente había considerado esa relación laboral sometida a condición resolutoria, a término resolutorio y como contrato indefinido *sui generis* y reconocido a esos trabajadores un inexistente, a su juicio, derecho a la promoción en el marco de su tipo contractual propio, ante la escandalosa inactividad de las Administraciones públicas en la convocatoria de procesos selectivos para la provisión de las plazas ocupadas temporalmente por estos trabajadores de temporalidad indefinida, y ante la consiguiente crisis de la figura contractual, inservible para evitar la laboralización de la función pública y para garantizar la defensa de los de los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso fijo al empleo público por la pasividad de los órganos públicos concernidos. Acabó propiciando, con otros autores, la nulidad indemnizada de los contratos temporales irregulares y la terminación de los indefinidos no fijos para impedir que esa contratación irregular acabara convirtiendo la relación laboral no fija en fija.

derecho español, la condición de trabajador indefinido no fijo se otorga como protección contra abusos en la contratación temporal en el sector público. Este estatus se reconoce cuando la administración pública ha incurrido en abuso de temporalidad, y no constituye un tipo de contrato de trabajo per se, sino una situación creada para sancionar el abuso de contratos temporales.

Es factible que un contrato de duración determinada en el sector público se ajuste a derecho sin devenir en indefinido no fijo, y por tanto, no da lugar a indemnización. Como lo establece la STJUE de 5 de junio de 2018, (asunto C-677/16 MONTERO MATEOS) que ha refrendado que el art. 49.1 letra c) del ET es conforme al Acuerdo marco, al declarar que que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede por tanto un contrato temporal legítimo no requiere indemnización al término del mismo. La indemnización de veinte días solo se aplica en contratos temporales que son abusivos o ilegítimos.

La jurisprudencia del TJUE ha señalado que el Acuerdo Marco no impone una obligación de transformar contratos temporales abusivos en contratos fijos, sino de aplicar medidas efectivas que sancionen la temporalidad abusiva. Así, en derecho español, la calificación de indefinido no fijo y su indemnización pueden considerarse una medida adecuada para sancionar el abuso, cumpliendo con las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sin transformar a los trabajadores en personal fijo, lo cual solo corresponde a quienes superen el proceso selectivo conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En conclusión, la indemnización de veinte días por año de servicio con el límite máximo de doce mensualidades por contrato abusivo en los casos de relación indefinida no fija, puede verse como una medida legal adecuada que permite una aplicación armoniosa del derecho de la Unión y la normativa nacional.

## 6. LA STJUE DE 22 DE FEBRERO DE 2024: PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL[10]

La sentencia de 22 de febrero de 2024 el Tribunal de Justicia resuelve tres peticiones de decisión prejudicial acumuladas, planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sobre la calificación de la relación laboral que vincula a los trabajadores indefinidos no fijos con la

[10] La STJUE de 22 de febrero de 2024 asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22, (ECLI:EU:C:2024:149) MP c. Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, IP y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), e IK y Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid. Los demandantes en los litigios celebraron varios contratos de trabajo temporales sucesivos, habiendo sido recalificada la relación laboral por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 27 de diciembre de 2007, y por el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid, de 29 de septiembre de 2001, como "relación laboral indefinida no fija". El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2, es el órgano jurisdiccional que planteó las peticiones de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (art. 267 TFUE), que, por resolución de 27 de abril de 2022, acordó la acumulación de los tres asuntos a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento y de la sentencia. Las dudas del tribunal de suplicación se sustanciaron en la formulación de 14 cuestiones prejudiciales en el asunto C-59/22, 12 en el asunto C-110/22, y 6 en el asunto C-159/22, siendo iguales las cuestiones prejudiciales 1ª a 5ª de las asuntos C-59/22 y C-110/22; las cuestiones prejudiciales 6ª y 7ª de los asuntos C-59/22 y C-110/22 y 1ª y 2ª del asunto C-159/22; las cuestiones prejudiciales 8ª y 9ª de los asuntos C-59/22 y C-110/22 y la 3ª en el asunto C-159/22; y la 12ª en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y la 6ª del asunto C-159/22.

Administración Pública correspondiente y la incompatibilidad de la regulación de su indefinición temporal o falta de fijeza por nuestro Derecho, de factura jurisprudencial, con la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Esa indefinición temporal del contrato de trabajo indefinido no fijo, al que se llega desde una previa situación de irregularidad en la contratación laboral en el sector público, produce temporalidades de larga duración por la falta de convocatoria en el tiempo legalmente previsto de las plazas temporalmente desempeñadas por los trabajadores indefinidos no fijos, temporalidades que pueden resolverse inopinadamente por la amortización o cobertura definitiva de la plaza por otro trabajador con la consiguiente extinción del contrato indefinido no fijo indemnizada, por decisión jurisprudencial, con 20 días de salario por año de servicios con el máximo de una anualidad por equiparación con el despido objetivo procedente.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) declara:

— Las cláusulas 2 y 3 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación de este último.

— La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de 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.

— La cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las medidas contempladas en esta disposición ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de esta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos.

— La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos.

— La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe

interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas», cuando esas disposiciones nacionales no sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula.

— La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos 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, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada.

— La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida. Corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5".

Los efectos "institucionales" y prácticos de esta sentencia del Tribunal de Justicia son de gran relevancia. Aunque su jurisprudencia sobre la cláusula 5ª del Acuerdo Marco es muy numerosa e insistentemente desautorizatoria de nuestra jurisprudencia, es difícil encontrar en ella una habilitación de modificación de la jurisprudencia de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo formulada con tal explicitud, aunque esa llamada abierta a la modificación posea la relativa contención de dirigirse a hacer compatible la interpretación de disposiciones de nuestra Constitución con los objetivos de la Directiva 1999/70/CE y, en particular, de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Sin embargo, la sentencia no deja de decir, literalmente, que esa modificación de la "jurisprudencia nacional", que corresponde al tribunal remitente, y a todos los jueces y tribunales que decidan litigios iguales, ha de hacerse para corregir una interpretación de las disposiciones nacionales, "incluso constitucionales" (apartado 138 y fallo, 7), contraria a los objetivos de la Directiva. [11]

La aplicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de los órganos judiciales españoles ha dado lugar a diversas interpretaciones en los numerosos litigios relacionados con la calificación del personal laboral contratado de manera irregular mediante contratos de duración determinada en el sector público. Esto ha llevado incluso al propio órgano judicial que planteó las cuestiones prejudiciales a resolver los litigios en el sentido de que la STJUE no obliga a declarar la relación laboral como fija, sino que permite calificarla como indefinida no fija, cumpliendo así con las exigencias de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, según lo establecido en la jurisprudencia nacional. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Pleno,

[11] 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.

ha resuelto, finalmente, en esta línea, admitiendo que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, no es posible declarar fijos a los indefinidos no fijos de larga duración. En cuanto a la interina por vacante, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, se le ha reconocido la condición de indefinida no fija (STSJ Madrid de 10 de abril 2024, recursos 830, 753 y 797/2021).

Por las razones que se expondrán a continuación, la Sala IV del Tribunal Supremo también tiene dudas sobre cómo aplicar los preceptos considerados en la STJUE de 22 de febrero de 2024 y sobre la respuesta que esta ofrece a las cuestiones planteadas. Por ello, es crucial obtener una aclaración del Tribunal de Justicia sobre si la doctrina del Tribunal Supremo, que limita el reconocimiento de la condición de trabajo fijo en el sector público a quienes acceden al empleo público tras superar un proceso selectivo basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad, es compatible con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Esta doctrina califica como indefinida no fija la relación laboral de los trabajadores temporales contratados de manera ilegítima o en abuso de contratos de duración determinada.

Para facilitar la comprensión del argumento del Alto tribunal para el planteamiento de la cuestión prejudicial y siguiendo los puntos clave de la misma y que se señalan a continuación:

1) El acceso al empleo público español de carácter fijo debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad.

2) La libre circulación de trabajadores incluye la posibilidad de participar en las convocatorias para acceso a empleos fijos en el ámbito público.

3) El empleo desempeñado por la trabajadora demandante no es de los excluidos de la libre circulación.

4) El cumplimiento de las normas (españolas y de la UE), requiere que el acceso a un empleo público de carácter fijo solo sea posible si previamente se ha ofrecido para que puedan optar al mismo cuantas personas (del ámbito UE) así lo deseen.

5) La figura del indefinido no fijo constituye una respuesta a los abusos de temporalidad en el sector público y aparece indirectamente respaldada por la jurisprudencia del TJUE. Alguna sentencia del Tribunal de Justicia ha parecido avalarla, de manera más o menos implícita.

6) La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha equiparado los derechos del personal indefinido no fijo con los del personal fijo (remuneración, promoción profesional, incentivos, etc.) sin perjuicio de requerir a la Administración empleadora para que la plaza sea convocada a concurso público.

7) Además de las normas sobre responsabilidad de quienes cometen los abusos en la contratación pública, la jurisprudencia viene reconociendo en favor del indefinido no fijo cesado por no superar las pruebas convocadas, en su caso, una indemnización compensatoria equivalente a la de las personas despedidas por crisis económica.

8) El cese de un trabajador indefinido no fijo por cualquier causa diversa a la apuntada es tratado como el de un empleado fijo.

9) El cese de un trabajador al que se le ha reconocido la condición de indefinido no fijo, invocando la llegada de un término temporal (que es inexistente) aboca a la declaración de que existe un despido nulo (con obligada readmisión).

10) Diversas normas sobre estabilización o consolidación de empleos temporales han sido aprobadas en los últimos años, entre cuyos objetivos se encuentra el de regularizar las situaciones derivadas del carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada.

De todo lo cual resulta, que la declaración de que una persona debe ser considerada como indefinido no fijo en el Derecho español: a) Defiende su derecho a seguir trabajando (pese a que accedió solo para un periodo temporal); b) Reclama del empleador la convocatoria de la plaza; c) Asigna una indemnización equivalente a la del despido por problemas empresariales en caso de no superar las pruebas convocadas; d) Descarta que pueda invocarse un término final para extinguir el contrato; e) Extiende al indefinido no fijo todos los derechos del personal fijo.

En conclusión, determina el Tribunal Supremo que estando en juego tanto el derecho a la no discriminación y la libre circulación de cuantas personas quisieren intentar acceder al empleo público desempeñado por quien solo debía haberlo hecho de modo temporal y que existen numerosas garantías y cautelas para proteger a estas personas indefinidas no fijas, pero sin concederles la definitiva propiedad del puesto desempeñado, se estima necesario, para resolver de modo definitivo la contienda suscitada, que el Tribunal de Justicia despeje la duda de si la expuesta construcción sobre los indefinidos no fijos se opone al Derecho de la UE en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo.

Recapitulando todo lo que se lleva dicho, en nuestro derecho interno el abono de la indemnización por extinción de la relación laboral indefinida no fija obedece a la consideración ilegítima o abusiva de la utilización de los contratos de duración determinada por parte de los empleadores del sector público. Por otra parte, las convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por los trabajadores temporales, entre ellos los indefinidos no fijos, tienen como uno de sus objetivos el de reparar el carácter ilegítimo o abusivo de la utilización de los contratos de duración determinada en el sector público.

Con esa base se plantean al Tribunal de Justicia por el Tribunal Supremo en Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Auto de 30 mayo 2024, Rec. 5544/2023, eleva cuestión prejudicial al TJUE relativa a la situación jurídica del personal laboral temporal del sector público las siguientes cuestiones prejudiciales:

Primera cuestión, principal: ¿Se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos?

Segunda cuestión, de carácter subsidiario, para el caso de que la respuesta a la primera cuestión prejudicial sea la de declarar que la doctrina jurisprudencial que niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco: ¿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?

## 7. CONCLUSIONES

La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, establece una serie de medidas urgentes para reducir la temporalidad en el empleo público en España y reconoce que las regulaciones anteriores no han logrado disminuirla indicando además, la falta de convocatorias regulares para procesos selectivos y que los procedimientos no se llevan a cabo con la agilidad requerida. Esto ha generado una situación estructural en las administraciones públicas que recurren con asiduidad al nombramiento de trabajadores interinos y personal temporal.

La ley menciona explícitamente la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco así como la interpretación que el TJUE realiza de la misma estableciendo la obligación de implementar medidas efectivas para disuadir y sancionar el abuso de la temporalidad.

Por otro lado, la disposición adicional decimoséptima del EBEP prevé un régimen de responsabilidades conforme a la normativa vigente en cada Administración Pública, en caso de incumplimiento de las medidas mencionadas, sin definir de forma clara y precisa en qué consiste el referido régimen de responsabilidades dejando la determinación del mismo, a la "normativa vigente" de cada Administración, todo lo cual se estima que vacía de contenido la propia disposición y abre la vía judicial como medio para la fijación de las referidas responsabilidades.

Los procesos de estabilización del empleo público dirigidos a cubrir las plazas ocupadas de manera interina así como la realización de convocatorias excepcionales para aquellas plazas cubiertas de forma temporal, se vislumbra como medida poco o nada eficaz, en tanto en cuanto las administraciones públicas siguen contratando personal bajo la modalidad contractual temporal para cubrir necesidades de carácter estructural, amén de que los referidos procesos de estabilización (como todos los procedimientos administrativos) son extremadamente largos pudiendo extenderse en el tiempo durante años.

Posiblemente la solución pase por el establecimiento de una indemnización equivalente a la fijada para el despido improcedente como medida adecuada y suficiente para cumplir con las exigencias derivadas de la cláusula 5 del Acuerdo Marco y ello para los casos de extinción causal del contrato de trabajo por cobertura legal de la plaza ocupada temporalmente durante un periodo de tiempo inusualmente largo como sanción efectiva y disuasoria para el ente público incumplidor de la normativa laboral en la contratación temporal toda vez que lo que se debe indemnizar es la pérdida de un empleo o de unas determinadas oportunidades de empleo, lo que la convierte en una indemnización que ha de calcularse sobre los mismos parámetros que una indemnización por despido, en este sentido se han pronunciado diversas sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia, entre otras, STSJ Andalucía\Sevilla 14 de marzo 2024, rec.775/2022, STSJ Cataluña 12 de abril 2024, rec. 6615/2023, STSJ Cataluña 20 de marzo 2024, rec. 7244/2023.

En aplicación del principio de equivalencia[12], la indemnización por la vulneración del Derecho de la Unión así resultante no puede ser inferior a la que se aplicaría en una situación análoga en el Derecho interno, lo que nos lleva a la aplicación de la que resultaría en la legislación para un despido improcedente, además que en aplicación del principio de efectividad, la indemnización por vulneración del Derecho de la Unión debe compensar el daño real de forma íntegra, objetivo que no se

[12] STJUE 18 de marzo 2018 (C-494/16) asunto SANTORO, (ECLI:EU:C:2018:166) la indemnización no debe ser inferior a la que se aplicaría conforme al Derecho interno a un trabajador que fuera objeto de despido en virtud de una contratación temporal ilícitamente prolongada o encadenada.

alcanza con el establecimiento de una indemnización de veinte días por año de servicio con el límite máximo de doce mensualidades.[13]

Así mismo, y para el caso de una extinción contractual "sin causa" por no ser cubierta la plaza ocupada temporalmente de forma abusiva por los procedimientos de selección de personal legalmente establecidos y conforme los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, la solución podría venir dada por la consideración de nulidad de la decisión extintiva del organismo público con obligación de reposición del trabajador indefinido no fijo en su puesto de trabajo, hasta su cobertura legal, con abono de los salarios dejados de percibir durante el proceso.

Compartimos no obstante el criterio del Tribunal Supremo y de la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia, de no admitir que, por la vía de la contratación irregular, se pueda obtener la condición de fijo[14] en el empleo público sin pasar por los procedimientos establecidos en los que puedan participar todos los ciudadanos en condiciones de igualdad y en los que se garantice en todo caso, una selección objetiva, conforme a los criterios de mérito y capacidad. [15]

Habrá que esperar por tanto la respuesta del TJUE a la cuestión que planteada por el Tribunal Supremo[16], entendiendo que en todo caso deben erradicarse los abusos en la temporalidad de la contratación de personal por parte de las Administraciones Públicas vislumbrándose necesaria una reforma legislativa en profundidad tanto del EBEP como de la Ley de Procedimiento Administrativo, no solo en lo referente al acceso a la función pública mediante el establecimiento de procedimientos ágiles y eficaces que garanticen los principios constitucionales sino también estableciendo sanciones efectivas y definidas para el caso de incumplimientos por parte de los entes públicos.[17]

[13] STJUE 13 de junio 2024 (C-331/22 y C-332/22), asunto DEPARTAMENTOS DE PRESIDENCIA Y DE JUSTICIA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA, (ECLI:EU:C:2024:496) declara que el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Además, señala que una compensación como la contemplada en el artículo 2 de la Ley 20/2021 tiene un doble límite máximo (el tope de los veinte días de retribución por año de servicio y el tope de los doce meses de salario en total), no permite ni la reparación proporcionada y efectiva en las situaciones de abuso que superen una determinada duración en años, ni la reparación adecuada e íntegra de los daños derivados de tales abusos.

[14] STJUE 13 de junio 2024 (C-331/22 y C-332/22), asunto DEPARTAMENTOS DE PRESIDENCIA Y DE JUSTICIA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA, (ECLI:EU:C:2024:496) señala que a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, conforme a la cláusula 5, los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, la conversión de esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en contratos o relaciones de empleo por tiempo indefinido puede constituir tal medida, siempre que esa conversión no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

[15] Desdentado Daroca, E.: "Reflexiones críticas tras la STJUE de 22 de febrero de 2024. El indefinido no fijo ya no sirve, pero la conversión a fijo no es posible. ¿Qué hacemos?", *El Foro de Labos*, 7 de mayo de 2024. "*En el empleo público laboral, la regla de la conversión del contrato temporal irregular en indefinido no es posible, porque infringe normas imperativas administrativas y constitucionales. El escollo es insalvable. 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"*.

[16] Chaves, J.R.: "Vuelta de tuerca del TJUE frente a los abusos de temporalidad: STJUE de 22 de febrero de 2024", *delajusticia.com. El Rincón Jurídico de José R. Chaves*, 22 de octubre de 2024.

[17] Monereo Pérez, J.L.: "Del Mito a la "Realidad jurídica": ¿La categoría laboral del trabajador "indefinido no fijo" se opone al Derecho de la Unión Europea en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo público? ¿Es realmente disuasoria y ajustada a los principios de nuestro ordenamiento jurídico ante las reiteradas irregularidades en la contratación laboral cometidas por el empleador público?", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2024.*"Sin estas responsabilidades reforzadas e individualizadas no habrá verdadero efecto disuasorio de la posible (y, desgraciadamente, frecuente) comisión de conductas del empleador público reconducibles a ilícitos atípicos, como el abuso y el fraude en la contratación laboral. (…) Ante esta situación jurídica de máxima gravedad,*

## 8. BIBLIOGRAFÍA


Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "Qué es un indefinido no fijo", "Abuso en la temporalidad del sector público: fijeza e indemnización tras la STJUE de 22 de febrero de 2024 (C-59/22, C-110/22 y C-159/22 y la STJUE de 13 de junio de 2024 (C-331/22 y C-332/22)", *Blog de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz*, Octubre 2024.

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

Cavas Martínez, F.: "El contrato indefinido no fijo: ¿una medida eficaz para combatir el abuso de la temporalidad en el sector público?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo,* Volumen 10, número 3, 2022.

Chaves, J.R.: "Vuelta de tuerca del TJUE frente a los abusos de temporalidad: STJUE de 22 de febrero de 2024", *delajusticia.com. El Rincón Jurídico de José R. Chaves*, 22 de octubre de 2024.

Desdentado Bonete, A.: "Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada", *Revista de información laboral*, núm. 10, 2018.

Desdentado Daroca, E.: "Reflexiones críticas tras la STJUE de 22 de febrero de 2024. El indefinido no fijo ya no sirve, pero la conversión a fijo no es posible. ¿Qué hacemos?", *El Foro de Labos*, 7 de mayo de 2024.

Monereo Pérez, J.L.: "Del Mito a la "Realidad jurídica": ¿La categoría laboral del trabajador "indefinido no fijo" se opone al Derecho de la Unión Europea en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo público? ¿Es realmente disuasoria y ajustada a los principios de nuestro ordenamiento jurídico ante las reiteradas irregularidades en la contratación laboral cometidas por el empleador público?", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2024.

Roqueta Buif, R.: "Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* núm. 442*,* 2020.

Sempere Navarro, A.V.*: "*Interinidad por vacante de larga duración (Caso IMIDRA)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2021.


*corresponde al legislador actuar y establecer medidas adecuadas que hagan compatible nuestro ordenamiento jurídico con el Derecho Social de la Unión Europea. Medidas que deberían de ir más allá de la fracasada categoría de personal laboral calificada como indefinido no fijo".*