

¿Y ahora qué hacemos con el indefinido no fijo? Reacciones tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22

Sara Rico Letosa

*Profesora titular de Escuela Universitaria.
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Zaragoza (España)*
srico@unizar.es | <https://orcid.org/0000-0002-6458-3685>

Extracto

A pesar de los esfuerzos de la Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, la trasposición a nuestro ordenamiento interno del contenido de la Directiva 1999/70/CE sigue siendo insuficiente en el ámbito del empleo público. Y esa carencia de medidas equivalentes a las contenidas en la cláusula 5 de la citada directiva es precisamente lo que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 reprocha a nuestro país. Descarta como medida adecuada la conversión del trabajador temporal, que ha sufrido el uso abusivo y sucesivo de la temporalidad, en indefinido no fijo, porque mantiene su situación de precariedad e irregularidad. Ni la celebración de procesos de estabilización, ni el abono de una compensación de 20 días de salario, ni la exigencia de responsabilidades, tal como están diseñadas en dicha norma, parecen cumplir los requisitos de ser medidas sancionadoras, disuasoras, resarcidoras y preventivas. Sin embargo, a falta de medidas equivalentes en el derecho nacional, considera medida adecuada la conversión automática de esos contratos temporales en fijos, quedando en manos de los tribunales españoles la aplicación de la misma. No obstante, la aplicación de esta medida se encuentra con la oposición de doctrina y jurisprudencia, porque pone en entredicho la aplicación de los principios constitucionales de acceso al empleo público. Es necesario que el legislador se ponga manos a la obra y dé solución a esta situación de inseguridad en la que su inacción nos coloca.

Palabras clave: empleo público temporal; igualdad, mérito y capacidad; indefinido no fijo; fijeza; trasposición Directiva 1999/70/CE.

Recibido: 16-05-2024 / Aceptado: 12-09-2024 / Publicado (en avance online): 03-10-2024

Cómo citar: Rico Letosa, S. (2024). ¿Y ahora qué hacemos con el indefinido no fijo? Reacciones tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483. <https://doi.org/10.51302/rts.2024.22317>



What should we do with the permanent non-regular? The reactions that are taking place following the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 22 February 2024, concerning cases C-59/22, C-110/22, and C-159/22

Sara Rico Letosa

Senior Lecturer in Labour and Social Security Law.

University of Zaragoza (Spain)

srico@unizar.es | <https://orcid.org/0000-0002-6458-3685>

Abstract

Despite the efforts of Ley 20/2021, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, the transposition into our domestic law of the content of Directive 1999/70/EC remains insufficient in the field of public employment. And this lack of measures equivalent to those contained in clause 5 of the aforementioned directive is precisely what the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 22 February 2024 reproaches our country. It excludes as an appropriate measure the conversion of the temporary worker, who has suffered the abusive and successive use of the temporary use, into permanent non-regular, because he maintains his situation of precariousness and irregularity. Neither the holding of stabilization processes, nor the payment of compensation of 20 days' salary, nor the requirement of responsibilities, as designed in that standard, appear to meet the requirements of being sanctions measures, deterrents, compensators and preventive. The Spanish courts have the authority to convert these temporary contracts into fixed contracts automatically, which is considered an appropriate measure in the absence of equivalent measures in national law. The application of this measure is being opposed by doctrine and jurisprudence because it questions the application of the constitutional principles of access to public employment. The legislator must address the insecurity situation caused by his inaction and get to work to resolve it.

Keywords: temporary public employment; equality, merit, and ability; permanent non-regular; fixer worker; transposition Directive 1999/70/EC.

Received: 16-05-2024 / Accepted: 12-09-2024 / Published (online preview): 03-10-2024

Citation: Rico Letosa, S. (2024). What should we do with the permanent non-regular? The reactions that are taking place following the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 22 February 2024, concerning cases C-59/22, C-110/22, and C-159/22. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 483. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.22317>



Sumario

1. Introducción
 2. Igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público del personal laboral: aproximación a la cuestión
 3. Un paso decidido para la reducción de la temporalidad, pero una trasposición aún insuficiente de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE
 4. El penúltimo capítulo, por el momento, de la serie del trabajador indefinido no fijo
 5. ¿Y ahora qué?
 - 5.1. La fijeza no puede ser la solución
 - 5.2. Medidas alternativas y adecuadas a la cláusula 5
 - 5.2.1. Abono de indemnizaciones
 - 5.2.2. Convocatoria de procesos de estabilización
 - 5.2.3. Exigencia de responsabilidades
 - 5.3. ¿Fijeza automática como solución?
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El régimen jurídico de la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla, fruto de la elaboración jurisprudencial, ya que es prácticamente inexistente a nivel normativo, presenta escollos nada fáciles de abordar, en particular, su falta de conformidad con el contenido de la Directiva 1999/70/CE (en adelante, la Directiva). Tras las sucesivas reprimendas de las instituciones europeas al Estado español, se van ofreciendo respuestas que, hasta ahora, han resultado insuficientes para abordar la complejidad de esta problemática figura.

En estas líneas se revisan los posibles efectos para la figura del trabajador no fijo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22 –MP vs. Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid–, C-110/22 –IP vs. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)– y C-159/22 –IK vs. Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid¹–. Muchos de los aspectos que plantea no son novedosos, porque aparecían dispersos en su jurisprudencia anterior, pero sí lo es que abra puertas a nuevos interrogantes para los que nuestro ordenamiento sigue sin tener solución.

Hablar de indefinidos no fijos es hacerlo del uso abusivo o irregular de la temporalidad por el empleador Administración pública y de la imprescindible y compleja conciliación entre los principios de acceso al empleo público del derecho administrativo y el derecho a la estabilidad en el empleo del derecho del trabajo. Con esta STJUE se añade una nueva pieza al complejo tablero de juego del indefinido no fijo al plantearse la primacía del derecho de la Unión Europea (UE) sobre nuestra carta magna.

Dejando interesantes cuestiones prejudiciales sin responder, por considerarlas formalmente inadmisibles –y que invitan al planteamiento de otras futuras–, lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) le está recriminando a España es que sigue careciendo de medidas adecuadas para prevenir, disuadir y sancionar la utilización abusiva sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y que la conversión en fijos podría ser una medida adecuada.

¹ Tras la STJUE de 22 de febrero de 2024, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de Madrid de 10 de abril de 2024 (núms. 317/2024, 318/2024 y 319/2024) resuelven los litigios origen de la cuestión prejudicial.

Antes de abordar estos aspectos, conviene no olvidar que el TJUE no es un intérprete del derecho interno español y que el juez nacional no es sino el juez comunitario encargado de aplicar el derecho de la UE. Es por ello por lo que le corresponde resolver los conflictos que se planteen en su aplicación, pudiendo recurrir al planteamiento de cuestión prejudicial para solicitarle al TJUE que precise una cuestión de interpretación del derecho de la Unión, a fin de poder comprobar la conformidad de la normativa nacional con este derecho y garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación europea, evitando interpretaciones divergentes en los distintos Estados. La respuesta ofrecida por el TJUE se produce en función del contenido de las cuestiones prejudiciales que se le plantean por los órganos jurisdiccionales nacionales remitentes. Y una vez más, en este caso, la solución del TJUE ha podido venir «orientada» (Terradillos Ormaetxea, 2024) por el meditado guion de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid remitente.

2. Igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público del personal laboral: aproximación a la cuestión

Como expresamente exige el artículo 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público, tanto funcional como laboral, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el EBEP y en el resto del ordenamiento jurídico. Especial hincapié se hace en el caso del acceso al empleo público del personal laboral, pues, además, el artículo 11.3 del EBEP insiste en recordar esos mismos principios. Y, si de personal laboral temporal se trata, a los anteriores, añade el principio de celeridad, puesto que su contratación obedece a la atención de razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

La exigencia de estos principios en los procesos selectivos es congruente con la existencia de una Administración pública que sirve a los intereses generales con objetividad y eficacia (art. 103.1 Constitución española –CE–). Una Administración así es imprescindible para la realización de ese Estado social y democrático de derecho que nuestro país declara ser (art. 1 CE). Por ello, cuál sea el sistema de acceso al empleo público se convierte en pieza esencial para el cumplimiento de los mandatos constitucionales. Si la igualdad es un derecho fundamental de todos los ciudadanos, debe exigirse su respeto cuando de acceder al empleo público se trata. Si se pretende la objetividad y la eficacia en el servicio público, la selección de los empleados públicos a través de procesos imparciales habrá de guiarse por criterios de mérito y capacidad para captar a los mejores candidatos posibles. Es por ello por lo que la presencia de estos principios en los procesos selectivos de los empleados públicos previene del nepotismo y apuntala la neutralidad y la imparcialidad con las que debe regirse un Estado social y democrático de derecho (Ramos Moragues, 2011, p. 122).

Estos principios, que la ley exige en el acceso al empleo público, tienen un fundamento constitucional. En el caso de los funcionarios es el artículo 23.2 de la CE el que reconoce el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes; y el artículo 103.3 de la CE es el que encomienda a la ley la regulación del acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. No obstante, se ha debatido cuál sea el concreto precepto constitucional que los fundamenta cuando se trata de la selección de personal laboral, puesto que la redacción literal de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE se refiere a la «función pública», pero no contiene referencia expresa alguna para el personal laboral. El escollo podría salvarse con una lectura generosa de la expresión «función pública» como equivalente a «empleo público», con lo cual quedarían incluidos los empleados públicos laborales (Ramos Moragues, 2011, p. 121). Sin embargo, tanto la UE como nuestro Tribunal Constitucional (TC)² dejan claro su apuesta por un concepto restringido de la expresión «función pública»³.

Nuestro TC considera que el artículo 23.2 de la CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, sin llegar a proyectarse este derecho fundamental sobre el personal laboral. No siendo aplicable el artículo 23.2 de la CE al personal laboral, la solución pasa por que la exigencia del principio de igualdad en el sistema de acceso al empleo público para este colectivo se deduzca del genérico derecho de igualdad del artículo 14 de la CE del que el derecho al acceso a la función pública sería una concreción⁴. En suma, bien a partir del artículo 23.2 de la CE o del artículo 14 de la CE, la igualdad estaría garantizada en el acceso con independencia del carácter funcional o laboral del personal afectado⁵.

Para el personal funcionario, el artículo 23.2 de la CE se conecta con el artículo 103.3 de la CE, y a la igualdad añade la exigencia de mérito y capacidad. En cuanto al anclaje constitucional del requerimiento de estos dos principios en el acceso al empleo público del personal laboral puede sostenerse que, si el artículo 23.2 de la CE está vinculado con el artículo 103.3 de la CE y es una concreción del genérico artículo 14 de la CE, este último también tiene que estar conectado con el artículo 103.3 de la CE (Roqueta Buj, 2019, p. 198; Vivero Serrano, 2009, p. 44). Con este razonamiento, toda la doctrina del TC sobre el artículo 103.3 de la CE sería aplicable al acceso al empleo público laboral. Incluso optando por un concepto restringido de función pública, la igualdad, mérito y capacidad en

² Son únicamente las llevadas a cabo por funcionarios públicos (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 86/2004, de 28 de mayo).

³ Por ejemplo, SSTJUE de 12 de febrero de 1974, asunto C-152/73, Sotgiu; 10 de septiembre de 2014, asunto C-270/2013, Haralambidis.

⁴ SSTC 281/1993, de 27 de septiembre; 86/2004, de 10 de mayo; 128/2007, de 4 de junio.

⁵ Las garantías que el artículo 23.2 de la CE dispensa a quienes acceden a las funciones públicas a través de una relación de servicio con la Administración pública de carácter estatutario se garantizan al personal laboral por el artículo 14 de la CE (STC 236/2015, de 19 de noviembre).

el acceso al empleo público laboral podría deducirse de los artículos 103.1 y 9.3 de la CE, esto es, con base en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Ramos Moragues, 2011, p. 123).

Para el Tribunal Supremo (TS), los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la CE son aplicables en la selección de los empleados públicos, tanto funcionarios como laborales, y, de estos últimos, sin distinguir entre fijos, indefinidos o temporales⁶. Argumenta que, por participar en el ejercicio de funciones públicas, aun de manera limitada, la selección del empleado público, al margen de sus peculiaridades, debe ser coherente con lo que es vocación de las Administraciones públicas: servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE), y consecuencia de ello es que sus empleados sean seleccionados según criterios de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 en relación con el art. 23.2 CE)⁷.

No obstante, la jurisprudencia admite divergencias entre el proceso de selección de empleados públicos permanentes y temporales⁸. Pese a que la participación en estos procesos se haga en régimen de libre concurrencia, el hecho de que el puesto de trabajo ofertado tenga una duración limitada en el tiempo puede ser un factor que desincentive a muchos ciudadanos, sobradamente capacitados, para optar al mismo. Asimismo, la demanda de celeridad, por la necesidad y urgencia para cubrir ese puesto de trabajo temporal, influye en los requisitos de mérito y capacidad exigibles a los candidatos y así, aun cuando la selección del personal temporal debe respetar estos condicionamientos constitucionales de la actuación administrativa, y por ello producirse con respeto total a los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad, se exige menos rigor en la selección dado que con la misma se trata de cubrir necesidades sobrevenidas y perentorias, no susceptibles de cobertura previamente planificada (Vivero Serrano, 2009, p. 148).

3. Un paso decidido para la reducción de la temporalidad, pero una trasposición aún insuficiente de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE

A estas alturas de la «película» sobra enumerar los motivos del exceso de temporalidad en nuestro mercado de trabajo, especial y dolorosamente elevada en el sector público. Situación que intenta atajarse a través de la publicación simultánea de dos normas que, a modo de maniobra envolvente, pretenden reducir drásticamente la temporalidad y evitar sus abusos,

⁶ Por otras, Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 18 de marzo de 1991 y de 12 de febrero de 2009.

⁷ Por otras, *vid.* STS de 18 de marzo de 1998 (rec. 317/1997) y STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de julio de 2023 (rec. 7815/2020).

⁸ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de septiembre de 2002 (rec. 2738/1998) y STS de 25 de noviembre de 2021 (rec. 2337/2020).

tanto en el sector privado como en el público, intentando implantar las bases de lo que ha de ser una nueva cultura de nuestro mercado de trabajo (Terradillos Ormaetxea, 2024). Dejaremos a un lado 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, y nos centraremos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, destinada específicamente al empleo público temporal, tanto funcional como laboral. Las medidas introducidas por esta norma quieren responder a las demandas de las instituciones europeas para reducir la tasa de temporalidad, instaurar medidas efectivas y contundentes que disuadan y, en su caso, sancionar de forma clara el abuso de la temporalidad, dando así trasposición a la Directiva 1999/70/CE, en particular a su cláusula 5.

La Ley 20/2021, sin negar la necesidad de cierto volumen de empleo temporal en la Administración pública, y siempre que responda a razones objetivas, se plantea limitar la temporalidad a un 8 % de las plazas estructurales. Para conseguir este objetivo, entre otras novedades, incorpora la disposición adicional decimoséptima del EBEP que contiene distintas medidas para controlar la temporalidad en el empleo público, si bien, inexplicable y lamentablemente (Campos Daroca y Zafra Mata, 2022, p. 130), únicamente van a poder aplicarse hacia el futuro, esto es, a los empleados públicos laborales contratados o nombrados temporalmente tras la entrada en vigor de la Ley 20/2021 (disp. trans. segunda Ley 20/2021). Estas medidas pretenden ser sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, aunque no son suficientes para cumplir los objetivos que pretenden, quedándose, en muchos casos, en meras declaraciones programáticas de dudosa aplicación en la práctica.

Entre estas previsiones cabe destacar la obligación de las Administraciones públicas de evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y nombramientos de personal funcionario interino; la nulidad de pleno derecho de todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia como personal temporal; un régimen de compensaciones aplicable a funcionarios interinos y a laborales temporales en los supuestos de incumplimiento de estos plazos; y la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas.

En relación con estas últimas, y sin detenernos en otros antecedentes⁹, la disposición adicional decimoséptima.1 del EBEP hace responsables a las Administraciones públicas del cumplimiento de las previsiones sobre empleo temporal previstas en el EBEP y, en especial, les encomienda velar para evitar cualquier tipo de irregularidad. Y, a renglón seguido, la adicional decimoséptima.2 del EBEP dispone que las actuaciones irregulares en esta

⁹ Como la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para 2017, o la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para 2018.

materia por parte de los responsables públicos darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas.

Parte de la doctrina agradece el gesto del legislador, porque parece mostrar una actitud menos tolerante con la sistemática vulneración de las normas sobre selección y mantenimiento de la condición de empleado público temporal por muchas de nuestras Administraciones públicas (García Viña, 2022, p. 140). Mayoritariamente, sin embargo, las reacciones a estas medidas no son tan positivas y se entiende que son poco menos que papel mojado (Perchín Benito, 2022; Sala Franco, 2022, p. 65). Y es que pocas novedades cabe extraer de la lectura de los apartados 1 y 2 de la disposición adicional decimoséptima del EBEP. En definitiva, lo que se le recuerda en este precepto a la Administración pública empleadora no es otra cosa que su obligación de cumplir con la normativa vigente en materia de contratación, igual que se le reclamaría a cualquier otro empresario para el que se presten servicios bajo dependencia y por cuenta ajena. Tratándose de la Administración pública, este recordatorio es superfluo, porque por imperativo constitucional la Administración siempre debería actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 CE), lo que incluye la legislación laboral y la normativa vigente en materia de acceso y permanencia en el empleo público.

Dado que su actividad ha de someterse al principio de legalidad, la Administración pública debería ser un empresario modelo y distinguirse por una actuación especialmente pulcra en esta materia. No obstante, el legislador parece que insiste en presuponer lo contrario, ya que le exige velar por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y en los nombramientos de personal funcionario interino. Y, a consecuencia de lo anterior, advertidas irregularidades en el cumplimiento de estas normas, estas darán lugar a las responsabilidades que procedan. Y aquí la norma se manifiesta tremendamente hueca y abierta, porque habla de «actuaciones irregulares» y de «cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino» no llegando a precisar qué actuación justificaría la exigencia de responsabilidad, ni a concretar a quién demandar estas responsabilidades ni el tipo de responsabilidad en la que podría incurrirse, remitiendo a la normativa vigente en cada Administración pública.

Aunque no se trata de una técnica novedosa para reducir a corto plazo la temporalidad en el empleo público¹⁰, otra de las grandes aportaciones de esta ley es la disposición de procesos de estabilización del empleo temporal, medida que, a diferencia de las anteriores, produciría efectos hacia el pasado y con la que se quiere paliar de manera inmediata la temporalidad ya existente. Con la Ley 20/2021 se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal de las plazas de naturaleza estructural que, dotadas

¹⁰ Pueden mencionarse precedentes como la disposición transitoria cuarta del EBEP o los procesos regulados en los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017, y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018.

presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los 3 años anteriores a 31 de diciembre de 2020. Entre las mismas han de incluirse las plazas ocupadas por personal indefinido no fijo, decretado así por sentencia judicial firme¹¹. Como urge comenzar a luchar contra la temporalidad, estos procesos deben finalizar antes del 31 de diciembre de 2024. Y para que las Administraciones públicas aseguren el cumplimiento de los plazos de ejecución se proponen medidas para agilizar su desarrollo, tales como la reducción de plazos, la digitalización de los procesos o la acumulación de pruebas en un mismo ejercicio (disp. adic. cuarta Ley 20/2021). El sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un 40 % de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en fase de oposición (art. 2 Ley 20/2021).

A este se añade otro proceso de estabilización de carácter excepcional, del que se recalca se realizará una sola vez, cuyo proceso selectivo será el concurso y que habrá de incluir aquellas plazas ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016 (disp. adic. sexta Ley 20/2021). Sin embargo, poco después, el artículo 217 del Real Decreto-Ley 5/2023 autoriza un nuevo proceso de estabilización recurriendo de nuevo a esta medida, ya clásica en nuestro empleo público –por lo que, probablemente, no será el último– cuando de adelgazar radicalmente las tasas de temporalidad se trata.

Por si hubiera dudas, la propia exposición de motivos de la Ley 20/2021 se esfuerza en subrayar que en estos procesos de estabilización se garantizarán los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, con lo que trata de conciliar su cumplimiento con el efecto útil de la Directiva. Intenta justificarse trayendo a colación la doctrina del TC sobre el principio de igualdad en el acceso a los cargos y empleos públicos (art. 23.2 CE), que únicamente puede ser exceptuada por razones excepcionales y objetivas. Además, este acceso ha de ordenarse de manera igualitaria en la convocatoria mediante normas abstractas y generales con el fin de preservar la igualdad ante la ley de la ciudadanía, lo que obliga al legislador y a la Administración a elegir reglas fundadas en criterios objetivos y presididos por los cánones de mérito y capacidad que el artículo 103.3 de la CE dispone. Que se trate de una situación excepcional; que se acuda a este tipo de procedimientos por una sola vez, pues de otro modo se perdería su condición de remedio excepcional, y que dicha posibilidad esté prevista en una norma con rango legal, son las condiciones que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, han de darse para que no quepa apreciar infracción alguna del principio de igualdad de acceso a cargos y empleos públicos del artículo 23.2 de la CE.

¹¹ Incluidos por Resolución de la Secretaría General de la Función Pública sobre las orientaciones referidas a la ejecución de los procesos de estabilización del empleo temporal derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. También incluidos los profesores de religión (Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– núm. 31 de Barcelona de 21 de marzo de 2024).

Mayoritariamente, el intento de justificación de estos procesos no convence a la doctrina (Marín Alonso, 2022, p. 138) que duda de que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad (Cabeza Pereiro, 2023, p. 154). Pese a la literalidad de la norma, que se refiere al acceso libre y a la estabilización de «plazas», es previsible que estas indicaciones sobre el sistema de selección vayan a favorecer a aquellos empleados temporales que ya prestan servicios en la Administración pública. Se corre el riesgo de bordear el principio de igualdad priorizando mérito sobre capacidad, desnaturalizando estos principios y desprofesionalizando el empleo público (Baquero Aguilar, 2022a, p. 236), perjudicando a quienes pretendan el acceso por turno libre y creando un posible agravio comparativo con quienes accedieron a su empleo en la Administración pública tras someterse a procesos selectivos plenamente respetuosos con los principios de igualdad, mérito y capacidad (Baquero Aguilar, 2022b). Aunque, en contra, cabría argumentar que los potenciales beneficiarios de estos procesos «suaves» han sufrido largo tiempo las irregularidades o abusos de su Administración empleadora, que no ha convocado los oportunos procesos selectivos, y que podrían ser objeto de una discriminación indirecta por edad cuando pretendan acceder a un puesto fijo (Cabeza Pereiro, 2023, p. 160).

Esta norma piensa, asimismo, en la posibilidad de que el personal temporal que, estando en activo como tal, vea finalizada su relación con la Administración por no superar dichos procesos selectivos de estabilización. Y así prevé una compensación económica equivalente a 20 días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a 1 año, hasta un máximo de 12 mensualidades (art. 2.6 Ley 20/2021). Sin embargo, deja muy claro que la no participación en el proceso de los empleados temporales no da lugar a compensación económica en ningún caso, lo que se ha entendido que podría no ser muy conforme con el contenido de la Directiva 1999/70/CE. Por otra parte, las convocatorias de dichos procesos podrán prever la inclusión en bolsas de personal temporal específicas, o su integración en las ya existentes, de aquellos candidatos que, habiendo participado en el proceso selectivo y no habiendo superado este, hayan obtenido la puntuación que la convocatoria considere suficiente (disp. adic. cuarta Ley 20/2021). Medida que, no obstante, los situaría de nuevo en la temporalidad (Terradillos Ormaetxea, 2024).

4. El penúltimo capítulo, por el momento, de la serie del trabajador indefinido no fijo

La STJUE de 22 de febrero de 2024 contesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Madrid en relación con tres litigios que tienen por protagonista al trabajador indefinido no fijo. Con ella se llega al penúltimo capítulo de esta interminable saga jurisprudencial a la que nos tiene abocados la inacción del legislador. La, por ahora, última sentencia del TJUE sobre el tema convierte a la figura del indefinido no fijo en «*trending topic*» y plantea múltiples interrogantes que son buena muestra de la insuficiente trasposición de la cláusula 5 de la Directiva a nuestra normativa de contratación laboral temporal en su aplicación al ámbito del empleo público.

Para poder beneficiarse de la protección de la mencionada cláusula 5 es preciso hallarse ante un trabajador con contrato de duración determinada que experimenta una situación abusiva consecuencia de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Por ello, lo primero que hace esta sentencia es comprobar si el trabajador indefinido no fijo puede considerarse «trabajador de duración determinada» en el sentido de las cláusulas 2 y 3 de la Directiva. A lo que responde afirmativamente –confirmando lo que ya había indicado en situaciones anteriores¹²– porque se trata de un trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado. El indefinido no fijo se distingue del trabajador fijo por que la duración del contrato del primero se limita por la materialización de un hecho o acontecimiento determinado: la cobertura o adjudicación definitiva de la plaza a quien haya superado el proceso selectivo convocado por la Administración para cubrir dicha plaza vacante. Así, y a diferencia de la del fijo, la extinción del contrato de indefinido no fijo se somete a causa específica, debiendo por ello la Administración empleadora cubrir la plaza ocupada por este trabajador por el procedimiento reglamentario, aplicando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Cubierta la plaza, el contrato se extingue, a no ser que sea el propio trabajador quien, tras participar en el proceso selectivo, sea el candidato seleccionado para la misma.

Una vez esto puntualizado, hay que determinar si en el concepto de «utilización sucesiva de contratos o de relaciones laborales de duración determinada» está incluida la situación del trabajador indefinido fijo, dado que de ello depende, insistimos, la aplicación de las medidas de la cláusula 5. En el caso del trabajador indefinido no fijo, este se convierte en tal tras un uso abusivo de la contratación temporal, entendiéndose un único contrato desde el inicio de esa contratación temporal. En este sentido, existía ya algún precedente en el que el TJUE había efectuado una interpretación generosa de la citada expresión¹³. Recuerda que, aunque corresponde a los Estados miembros o interlocutores sociales determinar cuándo los contratos o relaciones laborales de duración determinada son sucesivos, su margen de apreciación no puede ser ilimitado ni su interpretación restrictiva, porque podría dar lugar a abusos, poniendo en peligro el objeto, la finalidad y la efectividad de la Directiva¹⁴. Si bien es cierto que en los casos origen de las cuestiones prejudiciales estamos ante un único contrato de indefinido no fijo –en puridad no ha habido sucesión de contratos–, este contrato carece de fecha determinada de extinción, supeditándose su extinción a la cobertura de dicha plaza por el procedimiento reglamentario. Dado que la permanencia en la condición de

¹² Por ejemplo, Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14, Marta León vs. Ayuntamiento de Huétor Vega.

¹³ Así, por ejemplo, en la STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, IMIDRA.

¹⁴ STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez.

indefinido no fijo es debida a la falta de cumplimiento por parte de la Administración pública de convocar un proceso selectivo, obligación legal que ha ido aplazando sucesivamente a lo largo de los años, el TJUE asimila esas prórrogas automáticas del contrato del indefinido no fijo a la tácita renovación o celebración de sucesivos contratos de duración determinada.

Sentado lo anterior, cabe recordar que la cláusula 5 exige a los Estados miembros que sus normativas nacionales contemplen medidas, efectivas y equivalentes a las que en la misma se enumeran, para prevenir utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, que garanticen la protección de los trabajadores. De no contar con ellas, introducirán una o varias de las siguientes: razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada o el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales. Sin embargo, la cláusula 5 no es incondicional ni lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal interno.

Realmente, la Directiva no está imponiendo al Estado miembro ninguna medida concreta, pero sí que cuente con alguna de ellas para prevenir y sancionar estos abusos, eliminando las consecuencias del incumplimiento del derecho de la UE. Esto es, la cláusula 5 persigue la prevención de los abusos en la utilización sucesiva de contratos temporales ofreciendo a los Estados gran margen de actuación, ya que pueden recurrir a alguna de las medidas allí enumeradas o a medidas internas equivalentes.

Obviamente, convertir a los trabajadores temporales en fijos le parece al TJUE una medida equivalente a las de la cláusula 5 por ser la estabilidad laboral la que mayor protección ofrece a los trabajadores¹⁵. Cambiando el criterio seguido en la STJUE del asunto IMIDRA, ahora entiende que el reconocimiento de la fijeza sanciona efectivamente la utilización abusiva y sucesiva de la contratación temporal, a diferencia de la conversión en indefinido no fijo que no cabe considerar medida equivalente dado que mantiene en situación de temporalidad y precariedad al trabajador objeto del abuso (Martí Millás, 2024). La conversión en indefinido no fijo nos sitúa ante un contrato de duración determinada que reemplaza a otros contratos temporales (Barrachina Andrés, 2024), dado que:

[...] prolonga en el tiempo una situación que nunca debió producirse ya que mantiene como empleado público a una persona que no cumple con los principios de igualdad, mérito y capacidad; legaliza una contratación de origen fraudulenta; atenta contra el interés general; y no tiene en cuenta que habrá que echar mano de recursos públicos para hacer frente al pago de la indemnización correspondiente (Arrieta Idiakez, 2020, p. 48).

¹⁵ Por ejemplo, en SSTJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez; 11 de febrero de 2021, asunto C-760/18, M. V. y otros.

Pero la cláusula 5 no obliga a los Estados miembros a convertir en fijos los contratos temporales, ni tampoco indica ninguna otra sanción específica, porque corresponde a los Estados miembros adoptar medidas proporcionadas, eficaces y disuasorias para garantizar la plena eficacia del derecho de la UE, sancionando el abuso y eliminando las consecuencias de la infracción en el caso de utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales.

El TJUE analiza si el pago de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el máximo de 12 mensualidades, a todo trabajador cuyo empresario haya utilizado abusivamente contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, es una medida equivalente a las que contiene la cláusula 5, por ser proporcionada, efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de la Directiva¹⁶. Esa indemnización, además de ser la que se concede por nuestro ordenamiento laboral en casos de despido objetivo procedente (art. 53 Estatuto de los Trabajadores –ET–), es la que se viene reconociendo cuando los indefinidos no fijos cesan por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupan –y en el cese por amortización del puesto de trabajo ocupado por estos trabajadores–. Y es la compensación que recoge el artículo 2.6 de la Ley 20/2021 cuando el personal laboral temporal, que no superase el proceso selectivo de estabilización, viera ocupada su plaza por otro candidato y finalizado su contrato de trabajo. Asimismo, es el módulo compensatorio que escoge la disposición adicional decimoséptima.4 del EBEP ante el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia del personal laboral temporal, para los contratos celebrados a partir de su entrada en vigor.

Para el TJUE, esta indemnización no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5, para prevenir los abusos de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, porque se abona sin tener en cuenta el carácter legítimo o abusivo de la utilización de los contratos de duración determinada, como se indicaba ya en el asunto IMIDRA. Y es que, en el caso del despido objetivo procedente, trata de paliar el perjuicio que experimenta el trabajador que ve extinguido su contrato de trabajo por una decisión de su empresario fundada en una causa que el propio ordenamiento laboral ampara (art. 53.1 ET). Sin embargo, no es medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia del derecho de la UE, porque de reconocerse a los indefinidos no fijos, que vean extinguidos sus contratos de trabajo, se podría estar indemnizando el daño causado al trabajador por la finalización de su contrato, pero no se estaría sancionando la actuación abusiva de la Administración pública en el uso del empleo temporal. Si bien el TJUE rechaza esta medida por no distinguir entre el «uso legítimo o abusivo de estos contratos y porque carece de efectos disuasorios sobre la Administración pública», habría que matizar que eso no sería cierto del todo, porque la indemnización por finalización del contrato temporal (art. 49.1 c) ET) o es inexistente o tan solo es de 12 días de salario (Guzmán *et al.*, 2024).

¹⁶ STJUE de 13 de enero de 2022, asunto C-282/19, MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania.

En relación con la convocatoria de procesos selectivos, entre otras, en la STJUE de 19 de marzo de 2020, asunto Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez, había considerado que la existencia de procesos de selección que tuviesen por objeto la provisión definitiva de las plazas siempre que se llevasen a cabo en los plazos establecidos podía considerarse como medida equivalente para la Directiva. Y es que las Administraciones públicas están obligadas a convocar oportunamente los correspondientes procesos de selección o promoción para cobertura de vacantes a fin de incorporar a su plantilla de trabajadores fijos a quienes los superen, cumpliendo así los principios de igualdad, mérito y capacidad, siendo inadmisibles la demora en proceder a la cobertura de las plazas, que supone, asimismo, contravenir frontalmente el principio de estabilidad en el empleo, y ello incluso tratándose de trabajadores indefinidos no fijos, dado que también se trataría de contratos temporales.

Ahora se le pregunta por la convocatoria de procesos de estabilización de empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de plazas ocupadas por trabajadores temporales. Estos procesos pretenden reducir el uso sucesivo de contrataciones temporales por las Administraciones públicas, sin sacrificar los principios de igualdad, libre concurrencia, publicidad, mérito y capacidad. Permiten a los trabajadores temporales, contratados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones laborales de duración determinada, participar en dichas convocatorias y así intentar conseguir la ansiada estabilidad en el empleo. De no superar el proceso selectivo, tendrían derecho a una indemnización de 20 días de salario, por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades. El TJUE tampoco considera a estos procesos excepcionales de estabilización medida preventiva, disuasoria y sancionadora, equivalente a las de la cláusula 5, ya que, al ser de libre concurrencia, a los mismos pueden presentarse, además de las víctimas del abuso, cualquier otro ciudadano que desee participar en ellos, con independencia de cualquier consideración en relación con el carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada. Luego su resultado es incierto para el empleado público temporal.

Igualmente, debe responder si la exigencia de responsabilidades a las Administraciones públicas, responsables de esas sucesivas contrataciones temporales abusivas, es equivalente a las medidas recogidas en la cláusula 5. Entiende que unas disposiciones nacionales que exigen responsabilidades a las Administraciones públicas, de conformidad con la normativa de cada una de esas Administraciones, ante actuaciones irregulares de las mismas en materia de utilización sucesiva de contratos de duración determinada, no son efectivas ni disuasorias. Señala que las citadas normas españolas no definen qué entender por «actuaciones irregulares» y son imprecisas para permitir la imposición de sanciones o la imputación de responsabilidades que cumplan con los principios de tipicidad y certeza. Asimismo, no concretan las responsabilidades que se pueden exigir, limitándose a efectuar una remisión a la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas, que no puede identificarse. De hecho, al TJUE no le consta que se haya exigido nunca responsabilidad alguna a las Administraciones públicas por celebrar sucesivos contratos de duración determinada. Esto es, las citadas normas españolas tienen tal grado de ambigüedad y abstracción que no pueden compararse con el mecanismo italiano de responsabilidad

de las Administraciones que, junto con otras medidas efectivas y disuasorias, sí fue declarado adecuado para fundamentar la conformidad de la norma italiana con tal cláusula 5. Este mecanismo impone a las Administraciones públicas la obligación de recuperar de los responsables los importes abonados a los trabajadores afectados en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de la normativa de selección o contratación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave¹⁷.

La serie de los indefinidos no fijos no termina aquí. A las cuestiones prejudiciales pendientes de resolver sobre el mismo tema, anteriores a la publicación de la STJUE de 22 de febrero de 2024, se están añadiendo otras posteriores a la misma en las que, básicamente, se pide al TJUE que aclare cómo garantizar la plena eficacia de la cláusula 5 a través de la interpretación de nuestro derecho interno. Esto es, cómo conciliarla con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

5. ¿Y ahora qué?

Desde su nacimiento, la figura del indefinido no fijo de plantilla ha estado rodeada de polémica. Hasta ahora, el TJUE consideraba que la conversión del trabajador temporal en indefinido no fijo era una medida equivalente a las propuestas en la cláusula 5. Sin embargo, esta solución es un parche, porque no termina con la condición de temporalidad del trabajador afectado y, por lo tanto, sigue encontrándose en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE. Se propone la fijeza automática del trabajador temporal víctima del abuso del fraude o de las irregularidades en la contratación por su Administración pública, como medida acorde, dentro de nuestro ordenamiento, con la cláusula 5. Esta quizás sea la mayor novedad de la «penúltima» sentencia del TJUE sobre el tema.

Es más, el TJUE insiste en que el principio de interpretación conforme requiere de los tribunales nacionales que, tomando en consideración todo su derecho interno, garanticen dentro de sus competencias la plena efectividad de la directiva de que se trate, ofreciendo una solución conforme con el objetivo por esta perseguido. Así, en este caso, el tribunal español debe interpretar y aplicar las disposiciones pertinentes en el derecho interno, en la medida de lo posible y cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, para sancionar debidamente el abuso y eliminar las consecuencias del incumplimiento de esa directiva europea. Y, en este sentido, y esto es

¹⁷ Vid. STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, Santoro. Este mecanismo, recogido en el artículo 36.5 y 6 del Decreto legislativo número 165/2001 del ordenamiento italiano, dispone además que esta infracción se tiene en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. Asimismo, las Administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los 3 años posteriores a la infracción.

lo llamativo, el TJUE invita al tribunal interno a plantearse la interpretación de determinados preceptos de la CE de conformidad con la cláusula 5 para conseguir una solución conforme con el objetivo de esta. Por tanto, si la conversión en fijos de los indefinidos no fijos puede ser una medida acorde a la cláusula 5 para prevenir y sancionar abusos, los tribunales nacionales deberían considerar modificar la interpretación de la jurisprudencia del TS, si esta es una interpretación de las disposiciones de la CE incompatible con la cláusula 5. Esto es, si teníamos poco con el complejo equilibrio entre la aplicación del principio de estabilidad en el empleo del derecho del trabajo y el respeto de los principios de acceso al empleo público del derecho administrativo, ahora se plantea la primacía del derecho de la UE sobre nuestra CE en esta materia.

Luego, de esta STJUE de 22 de febrero de 2024, hay que destacar la reclamación que se hace al legislador para que disponga las medidas adecuadas para evitar y sancionar el abuso en la temporalidad y el enorme arbitrio que otorga a jueces y tribunales para determinar y establecer las medidas sancionadoras aplicables en cada caso, más acordes con la cláusula 5, dado que, mientras nuestro ordenamiento interno carezca de esas medidas adecuadas, esta decisión queda en sus manos (Vivero Serrano, 2024).

Lejos de los titulares sensacionalistas de ciertos medios de comunicación que han proclamado la conversión inmediata a fijos de los empleados públicos indefinidos no fijos, se llama a la calma a los tribunales nacionales, porque el TJUE no está diciendo que haya que convertir obligatoriamente en fijos a los indefinidos no fijos. Contagiarse de la euforia del momento y decidir lo más efectista tomando esta decisión (Guzmán *et al.*, 2024; Martí Millás, 2024) podría no ser conforme ni a nuestra CE ni a nuestra legalidad ordinaria, «provocando un efecto llamada que colapsaría los sobresaturados juzgados y tribunales de lo social» (Vivero Serrano, 2024). A día de hoy, comienzan a conocerse resoluciones de nuestros tribunales internos tras la STJUE de 22 de febrero de 2024 y sus contradictorias respuestas generan, inevitablemente, inseguridad jurídica.

5.1. La fijeza no puede ser la solución

Que la fijeza plena no puede ser la solución es la opinión predominante en los tribunales, y ello aun admitiendo que la calificación de indefinido no fijo no da respuesta adecuada a la cláusula 5, ya que, como sucede con los interinos por vacante, el reconocimiento como tal no está sujeto a plazo máximo alguno. Consideran inadmisibles que después de tantos años de prestación de servicios se siga teniendo un contrato temporal –lo que podría haberse evitado mediante la actuación de la Inspección de Trabajo a fin de evitar que se produjera esa contratación totalmente irregular, sancionándose oportunamente mediante las medidas adecuadas–.

Se recuerda que el juez no puede crear derecho, únicamente aplicarlo, y, en este caso, no existe amparo legal para el reconocimiento de la condición de fijo de plantilla, porque, pese a las irregularidades, el fraude de ley o al abuso en la contratación temporal, únicamente se ha participado en un proceso de selección para la cobertura de una plaza temporal. Nos encontramos ante el insalvable obstáculo de que el acceso a esa situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la CE. Y la fijeza automática implicaría la no exigencia de un proceso selectivo¹⁸ pudiendo hacer de mejor derecho a quien obtiene la fijeza por esta vía frente al que accede a tal situación mediante los procesos de selección correspondientes. De ahí que siempre haya que buscar una medida alternativa ante el incumplimiento por la entidad empleadora, cuando forme parte del sector público, de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE.

Siguiendo la doctrina del TS, apuntan que el proceso de selección convocado para la cobertura temporal de una plaza, cuando esa contratación ha incurrido en fraude de ley, no debe desembocar en fijeza. Es imposible reconocer la fijeza a través de procesos de selección temporal –y tampoco si se ha convocado una plaza que desde el origen era estructural y se ha participado en el proceso selectivo (STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2024, rec. 775/2022)–.

Cuestión distinta sería que el trabajador que demanda esa relación laboral fija haya participado en el proceso de selección oportuno y lo haya superado aprobando la convocatoria, aunque sin obtener plaza, pues en tal caso ese obstáculo desaparecería y no existiría impedimento alguno para que, incluso sin haber prestado servicios durante un periodo de tiempo inusitadamente largo, obtuviera la fijeza pretendida (STS de 25 de noviembre de 2021, rec. 2337/2020).

En relación con cuál deba ser el ordenamiento prioritario, se sostiene¹⁹ que, en realidad, la STJUE de 22 de febrero de 2024 resuelve cuestiones que eluden la doctrina constitucional sobre el acceso al empleo público. El marco constitucional se convierte en un límite difícilmente superable para declarar la fijeza, máxime cuando la citada sentencia no afirma en ningún momento, de forma categórica, que esa deba ser la solución al abuso. Tal conversión es contraria a los artículos 23.2 y 103.3 de la CE, en su interpretación por el TS, e implica un conflicto entre la CE y la Directiva. En relación con el personal laboral, los principios de acceso al empleo público son un mandato derivado del artículo 14 de la CE, cuya vis atractiva reduce el ámbito de aplicación de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE. En estos procesos selectivos está en juego el artículo 14 de la CE y, por tanto, el tribunal interno no puede corregir la doctrina del TC. Lo que, obviamente, se erige en un obstáculo insuperable para acabar declarando la fijeza. Y es que el derecho de la UE no prevalece

¹⁸ En contra de la STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez.

¹⁹ STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2024 (rec. 775/2022).

sobre la CE²⁰ y, producida la integración, debe destacarse que la CE no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquella, si bien la CE exige que el ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos. Concluyen indicando que la plasticidad del indefinido no fijo presenta mil variantes y todo por lo infranqueable del artículo 14 de la CE y porque esta figura, a pesar de lagunas y conflictos jurídicos, en ese marco constitucional, hasta la fecha es la «única» herramienta al alcance de los tribunales para dar una mínima respuesta a estos trabajadores temporales²¹.

La no fijeza es también la respuesta defendida mayoritariamente en la doctrina laboralista (Arrieta Idiákez, 2024b) para quien la conversión en fijo del indefinido no fijo se produciría sin haber superado previamente un proceso selectivo con presencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino fruto de la irregularidad o abuso en la temporalidad de su empleadora, lo que violentaría el artículo 14 de la CE al existir fijos que se han convertido en tales por superar un proceso en el que sí se han sometido a esos principios (Martí Millás, 2024). Y es que, aun entendiendo que el TC no exija con tanta intensidad el respeto de los principios de mérito y capacidad en la selección del personal laboral, sí que exige el cumplimiento del principio constitucional de igualdad y este podría vulnerarse si se opta por la fijeza automática (Barrachina Andrés, 2024). Pese a que la STJUE de 22 de febrero de 2024 pretenda persuadirnos de otra cosa –inducida por el TSJ de Madrid que plantea las cuestiones prejudiciales–, tanto el TC (STC 236/2015) como el TS (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de julio de 2023, rec. 7815/2020) exigen el respeto de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad a laborales como a funcionarios (Casas Baamonde, 2024; Vivero Serrano, 2024). La declaración de fijeza sería una interpretación *contra legem* del derecho español vigente (Vivero Serrano, 2024) –incluso *contra constitutionem* (Casas Baamonde, 2024)– y colisiona con los citados principios, por lo que la primacía del derecho de la UE sobre nuestro ordenamiento interno no puede pasar por alto la CE (Moreno Brenes, 2024).

5.2. Medidas alternativas y adecuadas a la cláusula 5

Si la conversión automática en fijo queda descartada como opción, hay que buscar otra medida de las existentes en nuestro ordenamiento interno que reúna todas las exigencias de las medidas propuestas en la cláusula 5. Reconociendo la primacía del derecho de la UE, debería llevarse a cabo una interpretación conforme para que la Directiva conserve su efecto útil sin suponer, necesariamente, el dejar de aplicar nuestra carta magna. En sentencias como la

²⁰ En la STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2024 (rec. 775/2022) se argumenta, con distintas declaraciones del TC, que el derecho de la Unión, tanto el originario como el derivado, no prevalece jerárquicamente sobre la CE (Declaración TC 1/1992, de 1 de julio).

²¹ STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2024 (rec. 775/2022).

STJUE de 19 de marzo de 2020, asunto Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez, el TJUE considera que nuestro ordenamiento cuenta con medidas equivalentes a las propuestas en la cláusula 5, por lo que, quizás, no se trataría tanto de la ausencia de estas, sino de hacerlas efectivas.

5.2.1. Abono de indemnizaciones

Se ha creído que resultaría menos traumático que la fijeza (Guzmán *et al.*, 2024) la extinción automática del contrato y el reconocimiento de una indemnización que, para garantizar la plena eficacia de la cláusula 5, ha de sancionar debidamente el abuso, ser efectiva, proporcionada y lo bastante disuasoria –diferenciando, además, el carácter legítimo o abusivo de la utilización del contrato temporal–. Esta medida ya está contemplada en nuestro ordenamiento y no supone una interpretación *contra legem* de la CE (Terradillos Ormaetxea, 2024).

Dado que para el TJUE el abono de la indemnización de los 20 días se revela manifiestamente insuficiente, la concesión al afectado de una indemnización en superior cuantía, destinada a compensar los daños que le ha ocasionado el uso abusivo de una relación de empleo de duración determinada, podría ser una medida efectiva y apropiada, ya que permitiría sancionar la infracción de la Administración. De este modo se garantizaría la protección del trabajador temporal víctima del abuso, cumpliendo con la finalidad resarcitoria del daño sufrido; y, además, se erradicaría este tipo de comportamientos en el empleador Administración pública, desempeñando una función preventiva al estimular la puesta en marcha de mecanismos que eviten el mantenimiento prolongado en el tiempo de situaciones manifiestamente contrarias al ordenamiento comunitario (STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2023, rec. 304/2023).

Se piensa que esta cuantía indemnizatoria superior podría ser la de 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de 24 mensualidades. Este monto indemnizatorio es el que se reconoce en los supuestos en los que el despido se califica como improcedente, bien por inexistencia de una justa causa que legitime la decisión empresarial de poner fin a la relación laboral o bien por la falta de respeto a los requisitos formales para proceder con ese despido (art. 56 ET). También es la indemnización que se reconoce en los supuestos del artículo 50 del ET en los que el trabajador solicita al juez la extinción de la relación laboral tras incumplimiento grave por el empresario de sus obligaciones contractuales. Esta cuantía sí que permitiría tener en cuenta la conducta irregular de la Administración pública y se diferenciaría de los supuestos de lícita extinción, que es lo que echa en cara la STJUE al Estado español. Con la indemnización por despido improcedente:

[...] el recurso abusivo a la contratación temporal se trataría como la extinción irregular de un contrato de trabajo. Con ello se daría respuesta a la crítica de que nuestro ordenamiento es indiferente a la existencia de abusos en la contratación. Tendríamos una alternativa a la consolidación generalizada de los indefinidos no fijos como fijos sin procesos selectivos sujetos a criterios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que es la verdadera amenaza de esta sentencia (Guzmán *et al.*, 2024).

No obstante, seguiría siendo insuficiente abonar una compensación equivalente a la indemnización por despido improcedente, porque no estamos ante un mero incumplimiento de las reglas que justifican una extinción contractual unilateral por decisión empresarial. La conducta incumplidora tiene un cariz más grave, ya que se trata, en estos supuestos, de una Administración pública empleadora que ha vulnerado los principios de acceso al empleo público laboral. Estaríamos hablando de que la indemnización, además de proporcionada, ha de ser efectiva y disuasoria (Arrieta Idiakez, 2024b). Más coherente con lo señalado por el TJUE²² resultaría una indemnización de 33 días por el incumplimiento grave de las obligaciones de la Administración pública como empresario laboral (arts. 50.1 c) y 50.2 ET y 70 EBEP) a la que se añadiría otra indemnización no tasada –y siempre que el afectado no hubiera sido cómplice en la irregularidad que lo convierte en indefinido no fijo (Yagüe Blanco, 2024)– para la reparación íntegra del daño (STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2024):

[...] por la pérdida de oportunidades de empleo en el sector privado y/o pérdida del acceso al empleo público; y ello a pesar de que la persona que haya sufrido abuso por parte de la Administración pública y que haya prorrogado indebidamente su situación, se haya beneficiado de esa prórroga que ha podido ser deseada incluso instada y perseguida por el propio interesado o sus representantes sindicales (Terradillos Ormaetxea, 2024).

Dada la dimensión sancionadora, reparadora y disuasoria, como referente orientativo parece adecuado, razonable y proporcionado acudir al importe de la sanción pecuniaria del artículo 40.1 c) bis de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS), para actuaciones empresariales calificadas como de faltas graves del artículo 7.2 de la LISOS, esto es, la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales y contratos de duración determinada. Así se propone, por ejemplo, en la STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2023 (rec. 304/2023), el reconocimiento al trabajador temporal afectado de una indemnización adicional de 10.000 euros, si bien, en este caso, se añade a la indemnización de 20 días de salario.

5.2.2. Convocatoria de procesos de estabilización

Para el TJUE –asunto Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez–, la convocatoria de procesos selectivos para la cobertura definitiva de la plaza asociada a la condición de indefinido no fijo, respetando los plazos para convocar los procesos selectivos, puede ser medida adecuada para evitar el abuso. Entonces no es tanto la ausencia de medidas, sino la carencia de herramientas para vigilar su cumplimiento, que «debería corresponder a los órganos de fiscalización administrativos y a los órganos judiciales» (Moreno Brenes, 2024).

²² Por otras, STJUE de 13 de enero de 2022, asunto C-282/19, MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania.

En cuanto a la celebración de los procesos selectivos de estabilización de la Ley 20/2021 –con los que se persigue el difícil equilibrio entre el respeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad con la cláusula 5–, al TJUE no le parece una medida adecuada, porque, al poder participar cualquier ciudadano, el indefinido no fijo no tiene garantizado que, presentándose a la convocatoria, obtenga la fijeza –suponiendo la finalización de su relación laboral–. Mas la medida no es indiferente al abuso que ha sufrido el trabajador temporal, porque se le da un trato favorable que no va a proporcionarse al resto de candidatos que libremente concurren a esa convocatoria. En este punto, cabe preguntarse si lo que insinúa entonces el TJUE es la especificidad de las convocatorias, esto es, que solo pueda participar el personal afectado por el abuso o si únicamente puedan presentarse a la convocatoria de estabilización de la plaza que vienen ocupando temporalmente (Barrachina Andrés, 2024; Terradillos Ormaetxea, 2024). De ser así, asombra el desconocimiento del TJUE de nuestro modelo de empleo público, porque, precisamente, lo que nuestra CE exige es la libre concurrencia en las convocatorias de empleo público –para que en las mismas puedan participar todos los ciudadanos en condiciones de igualdad– y resulta ser una lógica consecuencia para la garantía del mérito y la capacidad, que los empleados temporales pierdan sus trabajos en el empleo público de no superar las pruebas selectivas (Moreno Brenes, 2024).

Igualmente queda por aclarar la compatibilidad con la cláusula 5 de la situación del trabajador temporal al que, pese a haber sufrido el abuso y la irregularidad del comportamiento anormal de la Administración, no se le reconoce derecho a compensación o reparación alguna porque no se ha presentado al proceso selectivo de estabilización (art. 2.6 Ley 20/2021) (Arrieta Idiakez, 2024a). O incluso la situación del trabajador temporal que se convierte en fijo tras el proceso de selección –como podía haberse convertido en fijo cualquier otro ciudadano que libremente se presentase al proceso selectivo– y que no recibe indemnización alguna, aun a pesar de que la estabilización no es una sanción para la Administración pública ni resarce al afectado de los perjuicios sufridos por el abuso –y para la que se propone una indemnización por incumplimiento de las obligaciones de su empleadora (Terradillos Ormaetxea, 2024), de hecho, ya hay alguna sentencia que en estos supuestos está reconociendo 5.001 €, equivalente a una sanción en grado máximo de la infracción grave de transgresión de la normativa de contratación (SJS núm. 2 de Granollers 77/2024, de 22 de marzo)–. O si se ajusta a la cláusula 5 la compensación de 20 días para el trabajador temporal que se presenta al proceso selectivo de estabilización y no lo supera porque «sin resarcimiento o sanción equivalente [...] el abuso previo queda inmune» (Beltrán de Heredia Ruiz, 2023).

5.2.3. Exigencia de responsabilidades

Más que de una alternativa, creemos que ha de considerarse como una medida complementaria a todas las soluciones anteriormente analizadas, porque resultan incompletas si no se termina exigiendo responsabilidades a los causantes últimos de estas situaciones abusivas. Es más, de haberlas exigido a tiempo, probablemente no se habría llegado al escandaloso nivel actual de abuso en nuestro empleo público temporal.

El TJUE no descarta totalmente la exigencia de responsabilidades como medida adecuada para cumplir con los objetivos y finalidades de la Directiva. No obstante, reprocha que lo establecido, por ejemplo, en la disposición adicional decimoséptima.1 y 2 del EBEP se queda en un mero brindis al sol, ya que ni es efectivo ni disuasorio para garantizar la plena eficacia de la norma comunitaria. Para que lo fuese debería concretar los «mecanismos efectivos para exigir esta responsabilidad a las autoridades o empleados públicos que de forma artificial alargan la relación de servicios o laboral» (Vivero Serrano, 2024). La disposición adicional decimoséptima.2 del EBEP se refiere a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas. En la actualidad, y a falta de desarrollo de esa disposición adicional, nuestro ordenamiento carece de medios específicos para exigirlos, por lo que, mientras se espera a que la normativa detalle las responsabilidades a exigir, los supuestos concretos que las activan y los sujetos a quien reclamarlas, habrá de acudir a los mecanismos ordinarios que se contemplan para los empleados y responsables públicos.

Difícil sería exigir responsabilidad política al responsable político que ha sido indiferente al abuso de la temporalidad en su Administración, la ha consentido o incluso la ha fomentado. Aunque no siempre, lo habitual es que los representantes políticos se sucedan en el tiempo, por lo que exigir este tipo de responsabilidad a quien es probable que ya no esté en la política activa se reputa poco factible.

Dejando a un lado las eventuales responsabilidades políticas, podría pensarse también en la responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos responsables de la celebración de esos contratos temporales abusivos o irregulares. En este sentido, el artículo 94.1 del EBEP dispone que las Administraciones públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos. Concretamente, esta conducta de incumplimiento de la normativa de acceso y permanencia en el empleo público podría tener encaje en una infracción muy grave del artículo 95.2 d) del EBEP –«la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos»– y como tal infracción muy grave podría incluso ser sancionada, aunque lo estimamos inaudito, con el despido disciplinario de ese trabajador público (art. 96.1 EBEP).

A esta exigencia de responsabilidad disciplinaria, el EBEP anuda la posible exigencia de responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de estos incumplimientos de sus deberes profesionales, por acción u omisión. La responsabilidad penal «tiene carácter punitivo y está encaminada a castigar y buscar retribución» (Bueno Armijo, 2023); aunque tal vez sería exagerado requerirla al empleado público responsable (Sala Franco, 2022, p. 65).

Los trabajadores temporales, víctimas del abuso o de la irregularidad de la actuación administrativa, podrán exigir la reparación de los daños causados por la conducta infractora, por acción u omisión, del empleado o autoridad pública responsable de su contratación. Esto es, a la Administración pública responsable podrá exigírsele responsabilidad

patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración (art. 106.2 CE) y aquí no cabría argumentar falta de concreción de la norma para no exigir responsabilidades a la Administración pública, porque su regulación es suficientemente completa en la norma administrativa (Martí Millás, 2024).

La responsabilidad patrimonial «no tiene por objeto sancionar, sino restituir los daños causados por los empleados públicos» (Bueno Armijo, 2023). Para ello, los particulares –en este caso, empleados públicos laborales afectados por el abuso o la irregularidad en la contratación temporal– exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio (art. 36.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público). La Administración pública, tras haber indemnizado a los lesionados, podría ejercer la acción de regreso (art. 36.2 Ley 40/2015) contra el responsable último causante de la situación de abuso a un empleado público laboral y que, al ser posterior y justamente indemnizado, ha causado un daño a las arcas públicas. Esta medida, aunque, sin duda, resultaría efectiva para disuadir de estas conductas a los responsables de la gestión de recursos humanos en la Administración pública (Arrieta Idiákez, 2024b), será difícil de adoptarse en la práctica, porque exige que se haya incurrido en dolo, culpa o negligencia graves.

Y precisamente de esa práctica se constata que las Administraciones públicas no ejercen esta acción de regreso contra sus empleados públicos, lo que ha sido criticado, porque, además de ser beneficioso para las arcas públicas, tendría un perjuicio personal que fomentaría e incentivaría una mayor diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de los empleados públicos (De Miguel Beriain, 2017). Es una quimera que podamos ver medidas del tipo de que las Administraciones públicas estén obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del daño sufrido debido a la interacción de las disposiciones relativas a la selección, o de que en los procedimientos judiciales sea obligatoria la constitución de la legitimación pasiva demandándolos como responsables solidarios (STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2024, rec. 775/2022). Aun contando con mecanismos para su exigencia, nuestra sociedad tiene bastante interiorizado que los responsables y/o empleados públicos habitualmente salen impunes de los daños que ocasionan.

5.3. ¿Fijeza automática como solución?

Aunque se considere un paso más en el desmantelamiento de los principios constitucionales de mérito y capacidad, probablemente por el desconocimiento en Europa de nuestro sistema de empleo público (Moreno Brenes, 2024), la fijeza sería la medida óptima por resultar semejante a las contenidas en la cláusula 5 para prevenir, sancionar o disuadir de la utilización abusiva de sucesivas contrataciones o relaciones laborales temporales y es la solución más deseable desde el punto de vista del protector derecho del trabajo.

La fijeza como solución, en los supuestos en los que el indefinido no fijo proviene de una situación abusiva sufrida por un trabajador temporal que ha accedido a su puesto de trabajo temporal tras un proceso selectivo –incluso a una plaza temporal–, en el que se hayan respetado los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, cuenta con mayores apoyos. Así, en algún supuesto, aunque en el sector público, se ha reconocido la fijeza cuando el empleado laboral temporal afectado por la irregularidad o los abusos ha superado previamente un proceso selectivo para una plaza fija, sin obtener plaza –así, en la STS de 16 de noviembre de 2021, rec. 3245/2019, aunque se resuelve en contrario en la STS de 8 de noviembre de 2023, rec. 3499/2022²³–. Del mismo modo, también debería bastar, para que se produjese la conversión en fijo, que el trabajador temporal hubiese superado un proceso selectivo en el que estuviesen presentes los principios de igualdad, mérito y capacidad, aunque fuese para una plaza temporal (Costa Reyes, 2023). Se reconoce tanto por el TC como jurisprudencialmente que no es necesario que estos principios se manifiesten con el mismo rigor en los procesos selectivos a puestos de trabajo temporales, pero no niega que estén presentes y que se respeten. Y, al no exigir un mínimo, la presencia, aunque con menor intensidad que para un puesto de fijo, debería ser suficiente para cumplir el requisito constitucional en estas situaciones de abuso e irregularidad. Esta solución permitiría conciliar el cumplimiento de nuestra CE con el de la Directiva y resultaría lo más favorable desde el punto de vista del derecho del trabajo, ya que con ello se procura la defensa de la estabilidad en el empleo, que también tendría un fundamento constitucional (art. 35 CE).

No obstante, se ha señalado que a esta medida le faltaría el carácter sancionador, exigido por la cláusula 5, porque no causa penalidad en la persona responsable de la conducta infractora, bien algún perjuicio económico –como en el caso de las multas–, bien en su esfera personal –privándola de algún derecho–; pero nunca ha de afectar o «repercutir en la esfera de los derechos e intereses subjetivos de la víctima [...] de la persona que ha sufrido las consecuencias de la conducta ilícita». En el caso de la opción por la fijeza, aunque no cumple con estos requisitos, porque la Administración infractora no sufre realmente un menoscabo económico, sin embargo, favorece al trabajador afectado por el incumplimiento empresarial –«lo que no ocurre con el resto de sanciones que nuestro ordenamiento jurídico prevé»– (Barrachina Andrés, 2024)²⁴.

Tras la STJUE de 22 de febrero de 2024, aunque minoritarias, algunas resoluciones judiciales apuestan por la fijeza automática como sanción al abuso, alegando la preeminencia

²³ La fijeza, limitada a la unidad productiva transmitida, se contempla en reversión de servicios públicos (STS de 28 de enero de 2022, rec. 3781/2020, siguiendo la STJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Correia Moreira).

²⁴ Con la declaración automática de la fijeza, la Administración evita los costes de organizar un proceso selectivo o de formar a los nuevos empleados públicos seleccionados. Asimismo, no se incrementa el gasto público, porque venían percibiendo ya sus retribuciones como empleados temporales (Barrachina Andrés, 2024).

del derecho de la UE sobre nuestra CE (STSJ del País Vasco de 22 de abril de 2024, rec. 229/2024; SJS núm. 14 de Sevilla de 27 de febrero de 2024, rec. 667/2023). Se señala que a pesar de que nuestros tribunales han intentado cumplir con la cláusula 5, dando respuesta a las situaciones de uso abusivo de la temporalidad sin violentar el artículo 103 de la CE, hay que cambiar el criterio jurisprudencial, porque nuestra legislación sigue careciendo de medidas adecuadas a lo exigido por la Directiva. Ni el abono de una indemnización de 20 días/año, ni las medidas de estabilización, ni la conversión en indefinido no fijo satisfacen los fines de esta, puesto que da lugar a una nueva relación laboral de duración determinada, sometida a terminación incierta cuando la Administración decida dar cobertura definitiva al puesto. De hecho, salvo la indemnización establecida por el TS en estos supuestos, no habría diferencia con el contrato de interinidad por vacante, que también se extinguiría por la misma causa. Concluyen que, no existiendo sanciones suficientemente efectivas para castigar el abuso de la utilización fraudulenta y abusiva de la temporalidad de las Administraciones públicas (SJS núm. 26 de Madrid de 23 de febrero de 2024, rec. 199/2023), hasta que el legislador no arbitre una solución conforme con la normativa europea y con los principios constitucionales, y a falta de otra medida en nuestro derecho, teniendo en cuenta la primacía del derecho de la UE y el carácter preferente de su aplicación, ha de sancionarse con el reconocimiento de la fijeza.

Resulta interesante la defensa de la fijeza que se hace desde uno de los votos particulares de las SSTSJ de Madrid de 10 de abril de 2024, en concreto en la STSJ de Madrid número 317/2024 –del magistrado López Parada–, y que señala la existencia de interpretaciones contradictorias del TS y del TC sobre la aplicación del artículo 23.2 de la CE al empleado público laboral. Entiende que tras la STJUE de 22 de febrero de 2024 de tratarse de un contrato temporal en el que la aplicación de la norma laboral determine la declaración de fijeza, el principio de especialidad de la ley administrativa (art. 55.1 EBEP) dará lugar a su declaración como indefinido no fijo, si con la declaración de fijeza se violentan los principios de igualdad, mérito y capacidad exigidos por esa norma administrativa. Sin embargo, los supuestos que tengan encaje en la cláusula 5 se resolverán conforme a esta, porque su aplicación ha de ser preferente sobre la norma interna en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión.

Recuerda que la contradicción entre la ley nacional y la Directiva tiene un alcance legal y deriva de una concreta interpretación jurisprudencial, por lo que perfectamente puede ser resuelta mediante el principio de interpretación conforme. El conflicto entre la norma administrativa y la laboral en relación con el reconocimiento de la fijeza –base de la doctrina jurisprudencial del TS– no debe resolverse conforme al principio de *lex specialis*, sino con base en el principio de interpretación conforme, dando prioridad a la aplicación de la Directiva. Existiendo interpretaciones divergentes de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE, si una de ellas evita el conflicto con la Directiva, ha de optarse por esa interpretación compatible con el derecho de la UE, sin que sea relevante jurídicamente que la norma sujeta al principio de interpretación conforme sea la propia CE. Con este razonamiento se defiende la fijeza y ello no ocasionaría conflicto entre nuestra CE y el derecho europeo. Por otra parte, opina que se está ante una relación jurídica vertical, en la que la aplicación de la

Directiva se alega por un ciudadano frente a un poder público y este, como parte del Estado español, no puede prevalerse de su incumplimiento en la incorporación de la misma al derecho nacional.

Por otra parte, para ese voto particular, si esos principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad se deben aplicar al acceso al empleo público, no es fácil explicar que puedan producirse supuestos en los que numerosos trabajadores, sin haber superado procesos selectivos, prestan servicios para la Administración durante muchos años, de forma continuada o mediante contratos encadenados. Es difícil defender que tales empleados no hayan demostrado capacidad para su trabajo tras todos esos años de servicios, en ocasiones en puestos técnicos o de responsabilidad. Estas personas han podido acceder a empleos públicos de tan larga duración fuera de todo procedimiento selectivo que cumpla con los principios de igualdad, mérito y capacidad, porque la legislación y jurisprudencia han permitido que el acceso a las contrataciones temporales se lleve a cabo sin respetar esos principios, pese a que no hay nada en las normas que los formulan, sean de rango constitucional o legal, que excluya su aplicación al acceso al empleo público temporal. Quizás la solución radica en aplicar los indicados principios a la contratación de personal temporal, como parece que debiera hacerse, así no se generaría ningún conflicto entre los mismos y el principio de estabilidad en el empleo.

6. Conclusiones

Lejos de la mente del TS presagiar, en aquel momento, que su nueva creación fuese a originar tal cúmulo de problemas a los gestores de los recursos humanos en las Administraciones públicas y, por supuesto, a los trabajadores temporales afectados, que han mantenido su situación de precariedad. Es muy probable que, cuando concibió la figura del indefinido no fijo, lo hizo pensando en cómo salir mínimamente airoso del choque entre los principios medulares del ordenamiento laboral y del derecho administrativo. Tal vez ese nacimiento no debería haberse producido y ya, desde el primer momento, debería haberse optado por la nulidad de tales contratos temporales irregulares. Precisamente eso es lo que vuelve a proponerse para extinguir a esta figura haciendo prevalecer los principios constitucionales: una nulidad indemnizada adecuada para resarcir los daños y perjuicios causados al trabajador –siempre que no haya mala fe del mismo (Yagüe Blanco, 2024)– y disuasoria, por ejemplo, en cuantía equivalente al despido objetivo (Selma Penalva, 2023, pp. 405-407).

Una vez nacido, el indefinido no fijo, que no deja de ser un trabajador temporal y sigue estando, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, puede obtener la protección que dispensa su cláusula 5. La STJUE de 22 de febrero de 2024 denuncia que nuestro ordenamiento interno carece de medidas equivalentes a las incluidas en dicha cláusula 5 y sostiene que la declaración de fijeza resultaría medida equivalente, adecuada, proporcionada, efectiva, disuasoria y sancionadora y garantizaría el efecto útil de la misma.

Mayoritariamente, doctrina y jurisprudencia patrias rechazan la conversión automática en fijos de los indefinidos no fijos, porque tal solución choca frontalmente con el necesario respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad y, además, podría derivar hacia la desprofesionalización y pérdida de imparcialidad del empleo público, creando un agravio comparativo con los empleados públicos funcionarios. Ahora bien, si se descarta la fijeza, habría que extinguir el contrato de trabajo e indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la persona trabajadora que se ha visto afectada por la situación abusiva e irregular. En este caso será fundamental determinar la cuantía que deba alcanzar tal indemnización para que sea sancionadora, proporcionada, efectiva y disuasora, esto es, para que resulte adecuada a la cláusula 5. Esta opción, quizás la más conservadora y la menos perturbadora, plantea el problema de su coste, ya que va a suponer una carga muy pesada para las siempre maltrechas arcas públicas y, probablemente, inasumible para muchas Administraciones públicas.

Pensar en procesos de estabilización masivos es una solución que no convence demasiado. Ni a los que en libre competencia participan en dichos procesos suaves, ni a muchos de los ya empleados públicos, porque entienden que se produce una rebaja de los requisitos de acceso al empleo público que generará, entre otros problemas, agravios comparativos y devaluación profesional. Ni a los indefinidos no fijos que han sufrido el abuso y que, pese al favorable trato, no tienen garantizada la estabilidad. Obsérvese que se está diciendo que la convocatoria de estos procesos no es medida adecuada o equivalente a las de la cláusula 5, pero en la actualidad todos esos procesos selectivos, ya convocados, siguen celebrándose.

El TJUE y nuestros tribunales internos acusan la falta de exigencia de responsabilidades a los políticos y gestores públicos por el uso abusivo de la temporalidad en el empleo. El papel lo aguanta todo, pero descendiendo a la realidad de nuestras Administraciones públicas se comprueba que el abuso o la irregularidad en la temporalidad pocas veces responde a actuaciones torticeras de sus políticos o responsables de contratación.

Las políticas de recortes, y, principalmente, la normativa presupuestaria han impedido a los entes públicos la captación de personal fijo. No pudiendo inhibirse en el servicio al interés general, por imperativo constitucional, se han visto abocados masivamente a «bordear» la legalidad recurriendo a la contratación temporal. Ahí tenemos el origen de la mayoría de los indefinidos no fijos: las limitaciones en las tasas de reposición y la imposibilidad de poder convocar en plazo procesos selectivos. El régimen de responsabilidades que desarrolle la disposición adicional decimoséptima del EBEP –aunque parece no haber mucho interés en ello– deberá tener en cuenta que, en determinadas circunstancias, ha sido el cumplimiento de la norma el que ha llevado a la Administración, como mal menor, al incumplimiento de otras, generando toda una legión de trabajadores temporales, víctimas de la endiablada tesitura en que las políticas fiscales la han colocado.

Las medidas de la Ley 20/2021 reducirán significativamente el número de indefinidos no fijos surgidos de un abuso o irregularidad en la contratación temporal. Al menos transitoriamente, la fijeza podría aceptarse como solución más acorde con el principio de estabilidad en el empleo, e incluso como económicamente más viable –aunque la adecuación con la cláusula 5 exija indemnizar por el tiempo que el trabajador convertido en fijo estuvo sufriendo el abuso y la irregularidad–. En realidad, no puede decirse que en el acceso al empleo temporal no se cumplan unos mínimos de igualdad, mérito y capacidad y la normativa tampoco precisa en qué «dosis» son válidos para adquirir la fijeza. Además, en estos casos, suelen acreditarse inusual y/o injustificadamente largas carreras al servicio de la Administración, por lo que podrían entenderse convalidados *a posteriori*. Quizás es hora de hacer esta interpretación de nuestro ordenamiento interno, que agrada a los ojos del TJUE, e intentar pasar página resolviendo uno de los muchos problemas a los que se enfrentan las Administraciones públicas.

En definitiva, ante el goteo continuo de sentencias y el aluvión de comentarios doctrinales a favor y en contra de la fijeza, hay que reclamar al legislador que con urgencia tome medidas para proporcionar una solución conforme con la cláusula 5. Hasta ahora ha faltado voluntad política para acabar con la temporalidad en nuestras Administraciones y, aunque hay que reconocer que no es tarea sencilla y que la solución, muy probablemente, no será pacífica, es inadmisibles seguir saturando a nuestros tribunales y dificultando la ya muy complicada gestión del empleo público.

Referencias bibliográficas

Arrieta Idiákez, F. J. (2020). El empleo temporal en las Administraciones públicas: límites, prevención y sanción a su utilización abusiva. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 43, 41-72. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.21784>

Arrieta Idiákez, F. J. (5 de marzo de 2024a). Contextualización y consideraciones sobre la posibilidad de convertir en fijos a empleados públicos temporales como consecuencia de la temporalidad irregular y abusiva padecida (parte I). *El Foro de Labos*. <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-i/>

[publicos-temporales-como-consecuencia-de-la-temporalidad-irregular-y-abusiva-padecida-parte-i/](#)

Arrieta Idiákez, F. J. (6 de marzo de 2024b). Contextualización y consideraciones sobre la posibilidad de convertir en fijos a empleados públicos temporales como consecuencia de la temporalidad irregular y abusiva padecida (parte II). *El Foro de Labos*. <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/>

- Baquero Aguilar, J. (2022a). *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*. Laborum.
- Baquero Aguilar, J. (2022b). La temporalidad en las Administraciones públicas: ¿un problema «aún/no» resuelto? Comentario crítico al Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción temporal del empleo público. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 61.
- Barrachina Andrés, A. M. (2024). A vueltas con la fijeza del personal temporal: comentarios a la Sentencia TJUE de 22 de febrero de 2024. *Diario La Ley*. https://diariolaley.laley.next.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEEADWOQWvDMAyFf019KQzHoeTkS9sdCmOMLoxdVUdLzFzLs-ys-fftGioQ6Ekf7-mnYI56vBU7YEEY30TZlcsGQtsgJNIXrr4aC4iVSXK62zxV VgQvbZtM5I90qcKVCOJKzTdf9Kz9jDxdrFGVx3S8yFS0Qzsi23eIO8US_rzD7EYqnuIe8-vphsM-fWsq0rTE7NWNmAeyHHZEWVJMfpxfsvKMkn30BiNaSa9XYegJON1UiN-yeb_fv9YFEUcoelCAcXhEQkphOVOQz-46ET-sTvEAmSpjsPoPhNi0gCcbAAA=WKE
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (10 de octubre de 2023). Si me estabilizo según la Ley 20/2021, ¿tengo derecho a una indemnización? *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2023/10/10/si-me-estabilizo-segun-la-ley-20-2021-tengo-derecho-a-una-indemnizacion/>
- Bueno Armijo, A. (2023). La responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos en Europa. Una propuesta de concepto y de garantías mínimas comunes. *Revista General de Derecho Administrativo*, 64.
- Cabeza Pereiro, J. (2023). Particularidades de los procesos suaves de estabilización del personal laboral. En M. E. Cuadros Garrido y A. Selma Penalva (Dir.^{as}), *La contratación laboral en la Administración pública. Vicisitudes y patologías* (pp. 139-164). Colex.
- Campos Daroca, J. M. y Zafra Mata, D. (2022). *Consolidación y estabilización del empleo público temporal*. Wolters Kluwer.
- Casas Baamonde, M. E. (2024). 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*, 2. https://doi.org/10.55104/RJL_00511
- Costa Reyes, A. (2023). Contratación laboral temporal irregular en la Administración pública. El rayo que no cesa. A propósito de las reformas de 2021 y la jurisprudencia del TS: desde el indefinido no fijo al fijo. *Revista de Derecho Social*, 103, 13-36.
- García Viña, J. (2022). *La nueva regulación laboral. Comentarios a la reforma laboral 2021 y 2022*. Atelier.
- Guzmán, M. E., Calvo, J. y Rodríguez Piñero, M. (27 de febrero de 2024). El tribunal de justicia da otro susto con los interinos. *Periscopio Fiscal y Legal*. PwC Tax & Legal. <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/el-tribunal-de-justicia-nos-da-otro-susto-con-los-interinos/>
- Marín Alonso, I. (2022). La cuadratura del círculo del empleo público en las reformas de 2021: de la reordenación contractual y el establecimiento de límites al abuso en la contratación temporal a la estabilización del personal y el impulso de la negociación colectiva. *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 2, 106-150. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i02.04>
- Martí Millás, G. (8 de marzo de 2024). *Los indefinidos no fijos, de momento, no pasan a ser fijos con la sentencia del TJUE*. EIDerecho.com. <https://elderecho.com/los-indefinidos-no-fijos-de-momento-no-pasan-a-ser-fijos-con-la-sentencia-del-tjue>

- Miguel Beriain, I. de. (2017). La responsabilidad de los empleados públicos por el incumplimiento de sus funciones. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 43, 41-68. https://www.jcyl.es/web/jcyl/Administracion Publica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/1284752925752/Redaccion
- Moreno Brenes, P. (2024). Fijos/temporales en el empleo público: el derecho de la UE no puede desplazar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. A propósito de la STJUE de 22 de febrero de 2024, sobre personal indefinido no fijo. *Diario La Ley*, 10475.
- Perchín Benito, N. (2022). La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas emergentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. *Diario La Ley*, 10075.
- Ramos Moragues, F. (2011). *El personal laboral de las Administraciones públicas*. La Ley-Wolters Kluwer.
- Roqueta Buj, R. (2019). El acceso al empleo público: principios rectores, requisitos de acceso y sistemas selectivos. En A. A. Blasco Pellicer y M. López Balaguer (Dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público* (pp. 197-242). Tirant lo Blanch.
- Sala Franco, T. (2022). *La reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*. Tirant lo Blanch.
- Selma Penalva, A. (2023). ¿El fin del contrato indefinido no fijo? En M. E. Cuadros Garrido y A. Selma Penalva (Dir.^{as}), *La contratación laboral en la Administración pública. Vicesitudes y patologías* (pp. 381-410). Colex.
- Terradillos Ormaetxea, E. (5 de marzo de 2024). *Una propuesta sobre el cumplimiento de la doctrina de la STJUE (Sala 6.ª) de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22), relativa a la contratación temporal abusiva en el empleo público*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/una-propuesta-sobre-el-cumplimiento-de-la-doctrina-de-la-stjue-de-22-de-febrero-de-2024/>
- Vivero Serrano, J. B. (2009). *El acceso al empleo público laboral*. Tirant lo Blanch.
- Vivero Serrano, J. B. (29 de febrero de 2024). *La temporalidad abusiva en el sector público ante el TJUE: ¿y ahora qué?* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/la-temporalidad-abusiva-en-el-sector-publico-ante-el-tjue-y-ahora-que/>
- Yagüe Blanco, S. (2024). El «indefinido no fijo de plantilla»: estado actual y perspectivas tras la reciente STJUE de 22 de febrero de 2024. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 112.

Sara Rico Letosa. Profesora titular de Escuela Universitaria de la Universidad de Zaragoza en el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://orcid.org/0000-0002-6458-3685>

