



TRABAJO DE FIN DE GRADO

FACULTAD DE DERECHO

**DOBLE GRADO EN DERECHO Y RELACIONES LABORALES Y RECURSOS
HUMANOS**

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

**LA CONVERSIÓN EN INDEFINIDOS DE LOS
EMPLEADOS PÚBLICOS TEMPORALES
COMO SANCIÓN AL ABUSO EN LA
CONTRATACIÓN TEMPORAL:
¿FIJOS O NO FIJOS?**

Autora: Cristina Martínez Veras

Tutor: Jorge Fernández-Miranda Fernández-Miranda

Calificación: Matrícula de Honor (10)

RESÚMEN

La transformación en indefinidos de los empleados públicos temporales constituye una problemática jurídica importante en nuestro sistema en tanto que tal conversión colisiona con el principio de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Nuestra legislación no permite la obtención de una plaza fija en la Administración sin haber superado el preceptivo proceso selectivo, no obstante, la Directiva 1999/70/ CE exige a los Estados Miembros la adopción de medidas que corrijan y prevengan el abuso en la contratación temporal, por lo que la forma de abordar esta problemática en España se ha venido perfilando por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, en este trabajo se analiza cómo la doctrina de este Tribunal ha incidido en el tratamiento del abuso en la temporalidad para los distintos tipos de empleados públicos.

PALABRAS CLAVE

Contrato de duración determinada, funcionario interino, indefinido no fijo, Directiva 1999/70/CE.

ABSTRACT

The conversion of fixed-term public employees into permanent employees constitutes an important legal problem in our system, insofar as such conversion collides with the principle of equality, merit and capacity in access to public employment. Our legislation does not allow the obtaining of a permanent position in the Administration without having passed the mandatory selection process, however, Directive 1999/70/CE enforces Member States to adopt measures to correct and prevent abuse in fixed-term contracts, so that the way to address this problem in Spain has been outlined by the case law of the Court of Justice of the European Union. Thus, this paper analyzes how the doctrine of this Court has affected the treatment of the abuse of temporary employment for different categories of public employees.

KEYWORDS

Fixed-term contract, interim regulated staff, non-permanent employment contract of indefinite duration, Directive 1999/70/CE.

LISTADO DE ABREVIATURAS

AAPP: Administraciones Públicas.

AJCA: Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

DUE: Derecho de la Unión Europea.

EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público.

EEMM: Estados Miembros.

EM: Estado Miembro.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

INF: indefinido no fijo.

LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

UE: Unión Europea.

ÍNDICE

1.	Introducción.....	7
1.1.	Objeto.....	7
1.2.	Justificación de la elección del tema.....	7
1.3.	Metodología.....	8
2.	Nociones generales.....	9
2.1.	Tipología de empleados públicos.....	9
2.2.	Principios rectores del Empleo Público.....	11
3.	El indefinido no fijo como medida contra la temporalidad abusiva en la administración.....	12
3.1.	Una visión panorámica de temporalidad en la Administración Pública.....	12
3.1.1.	Datos de empleo público.....	12
3.1.2.	Consideraciones sobre la existencia de bolsas de empleo.....	13
3.1.3.	Las restricciones presupuestarias como causa de la elevada temporalidad.	14
3.2.	La importancia del Derecho de la Unión Europea.....	15
3.3.	La Directiva 1999/70/CE.....	17
3.4.	El origen del “indefinido no fijo”.....	19
4.	La fijeza como solución al abuso en el nombramiento de funcionarios interinos..	21
4.1.	La Doctrina <i>Martínez Andrés</i> y su recepción por la jurisdicción contencioso-administrativa.....	21
4.1.1.	STJUE <i>Martínez Andrés</i> , de 14 de septiembre de 2016 (C-185/15 y C-197/15).	21

4.1.2.	STSJ de País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 3979/2016 de 12 de diciembre.....	23
4.1.3.	STS (Sala III) núm. 3251/2018, de 26 de septiembre.	23
4.2.	Doctrina <i>Sánchez Ruíz / Fernández Álvarez</i> y su recepción por la jurisdicción contencioso-administrativa.	24
4.2.1.	STJUE <i>Sánchez Ruíz / Fernández Álvarez</i> , de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18).....	25
4.2.2.	STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) C. Valenciana núm. 371/2021, de 19 de mayo.....	27
4.3.	Tendencia jurisprudencial actual.	29
4.3.1.	STJUE <i>Agios Nikolaos</i> , de 11 de febrero de 2021 (C-760/18).....	29
4.3.2.	STS (Sala III) núm. 1567/2021, de 22 diciembre.....	30
4.3.3.	STS (Sala III) núm. 792/2023, de 14 junio.....	31
4.4.	Valoración crítica.	32
5.	La fijeza como solución al abuso en la contratación temporal del personal laboral.	35
5.1.	Evolución jurisprudencial.....	35
5.1.1.	Primera etapa: consolidación de la figura de los INF.....	35
5.1.2.	Segunda etapa: los INF son trabajadores temporales.	35
5.1.3.	Tercera etapa: los INF no son trabajadores temporales.	36
5.1.4.	Cuarta etapa: INF son temporales.	36
5.1.5.	Doctrina del TJUE: los INF son trabajadores temporales.	36
5.2.	Doctrina <i>Sánchez Ruíz / Fernández Álvarez</i> y su recepción en España: el caso AENA.	37

5.2.1.	STS caso AENA: reconocimiento de fijeza al haber superado un proceso selectivo para la cobertura de plazas fijas.	38
5.2.2.	SSTS que niegan la fijeza en el caso de superación de procesos selectivos para plazas temporales.....	42
5.3.	Doctrina <i>IMIDRA</i> y su recepción en la jurisdicción social.	43
5.3.1.	STJUE <i>IMIDRA</i> , de 3 de junio de 2021 (C- 726/19).....	43
5.3.2.	Rectificación de doctrina: STS (Sala IV) núm. 649/2021, de 28 junio..	45
5.4.	Conversión en contrato indefinido como consecuencia del fraude de Ley. ...	46
5.5.	Valoración crítica.....	48
6.	Conclusiones.....	51
6.1.	De la posibilidad de reconocimiento de fijeza de los funcionarios interinos.	51
6.2.	De la posibilidad de reconocimiento de fijeza del personal laboral.	52
6.3.	Breve mención a las medidas contenidas en la Ley 20/2021.	53

1. Introducción.

1.1. Objeto.

El presente trabajo aborda el problema de la contratación temporal abusiva por parte de las Administraciones Públicas españolas, tanto en lo que se refiere a los empleados públicos funcionariales de carácter temporal (interinos) como al personal laboral temporal al servicio de las AAPP.

No obstante, si bien es cierto que ambos colectivos – funcionarios interinos y temporales laborales – sufren el mismo problema, la solución normativa y, sobre todo, jurisprudencial dispensada difiere sustancialmente en uno y otro caso como consecuencia de la diferente naturaleza de la relación jurídica que vincula a cada colectivo con su Administración empleadora.

En concreto, este trabajo se centra en el **análisis de una de las posibles soluciones o consecuencias de la constatación de abuso en la contratación temporal: la conversión en indefinidas de las relaciones laborales o estatutarias inicialmente de duración determinada**. Se analizará, por tanto, la ya renombrada figura jurídica (con denominación de origen española) del “indefinido no fijo”, cómo esta se ha implantado de forma diferente en la jurisprudencia contencioso-administrativa y social y, sobre todo, las nuevas tendencias interpretativas seguidas por nuestros Tribunales.

1.2. Justificación de la elección del tema.

La elección de este tema trae causa, principalmente, en mi interés en el mundo de las relaciones laborales, imaginable dado el Doble Grado que estudio y que con este trabajo pretendo culminar. Considero que el tema concreto de la posibilidad de transformar las relaciones laborales temporales con la Administración en indefinidas como una sanción a su mala praxis adquiere un especial interés cuando se observa desde el prisma de la colisión de los principios de mérito y capacidad que rigen en el empleo público, frente a la necesaria corrección y sanción del fraude en la contratación temporal, más sangrante si cabe cuando el empleador infractor es la propia Administración.

Precisamente, es esta contraposición la que explica las diferentes soluciones que se brindan a funcionarios interinos y personal laboral y se erige en caldo de cultivo perfecto para la disparidad de criterios desplegada en tan corto periodo de tiempo. Un problema

complejo de más compleja solución, donde el Derecho de la Unión Europea juega un papel fundamental y con él su máximo intérprete: el Tribunal de Justicia de la UE, quien ha ido marcando a lo largo de los años las directrices a seguir para los órganos jurisdiccionales españoles a la hora de resolver estos conflictos (muchas veces con evidente reticencia de nuestros Tribunales, como se verá claramente a lo largo del trabajo). Directrices que, en ocasiones, resultan del todo contrarias a nuestras previsiones nacionales.

1.3. Metodología.

Como se menciona en el apartado anterior, el problema analizado en el presente trabajo no encuentra su respuesta en nuestro ordenamiento jurídico interno, sino que cobra toda la relevancia el Derecho de la UE y, por consiguiente, la interpretación de este efectuada por parte del TJUE. Por ello, este trabajo se basa principalmente en un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de valorar la adecuación del Derecho español a la normativa referente a la contratación temporal emanada de la UE.

Junto a este análisis de la jurisprudencia europea, se ha realizado un estudio de la doctrina judicial española en aplicación de las directrices orientadoras proporcionadas por el Tribunal de Luxemburgo, así como de la propia normativa europea y española.

Por supuesto, también ha sido necesario un trabajo de revisión bibliográfica sobre este tema, más aún cuando la doctrina administrativista y laboralista sostienen, en algunos casos, posiciones antagónicas.

Todo el trabajo de análisis realizado para el presente trabajo se acompaña de una valoración crítica de las resoluciones analizadas, recogiendo tanto las opiniones de la doctrina como aquellas conclusiones a las que humildemente ha podido llegar la que suscribe.

2. Nociones generales.

2.1. Tipología de empleados públicos.

Personal empleado público es todo aquel trabajador o trabajadora que desempeña funciones al servicio del interés general, con retribuciones económicas por parte de las Administraciones Públicas. Se clasifican en personal funcionario de carrera, funcionario interino, personal laboral o personal eventual.

Así, el **personal funcional** de las Administraciones puede ser de dos clases:

Funcionario de carrera (art. 9.1 EBEP): quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

El estatuto singular de los funcionarios públicos radica en la atribución en exclusiva que realiza en su favor el apartado 2 de este mismo artículo, en virtud del cual las funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas les corresponden exclusivamente a ellos.

Funcionario interino (art. 10 EBEP): Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales con carácter temporal para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: la existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, por un máximo de tres años; la sustitución transitoria de los titulares, durante el tiempo estrictamente necesario, la ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto; y el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de nueve meses, dentro de un periodo de dieciocho meses. Los procedimientos de selección del personal funcionario interino serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y celeridad, y tendrán por finalidad la cobertura inmediata del puesto. El nombramiento derivado de estos

procedimientos de selección en ningún caso dará lugar al reconocimiento de la condición de funcionario de carrera.

La primera causa habilitante para esta modalidad de nombramiento es la que propicia más situaciones de nombramientos injustificados, por cuanto será potestad discrecional de la Administración decidir cuándo no es posible cubrir una plaza vacante con funcionarios de carrera¹.

De otra parte, el **personal laboral (art. 11 EBEP)** es aquel que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se registrará igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

Respecto de las modalidades de contratación de personal laboral y, en concreto, las de contratación temporal, conviene señalar que existe en las Administraciones Públicas una modalidad de contrato temporal de sustitución no previsto, hasta el año 2021, en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores: el contrato de interinidad por vacante. Pese a no encontrarse prevista la cobertura de vacante como causa justificativa de la modalidad de contratación temporal de contrato por sustitución, sí que se prevé esta causa en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, lo que entraña un exceso por parte de este de su función de desarrollo de la Ley, al crear una nueva figura no prevista en el ET. En tanto no existe jurisprudencia del orden contencioso-administrativo relativa a este hecho y, quedando vedado el planteamiento de una cuestión de ilegalidad por parte del orden jurisdiccional social sobre una disposición de alcance general como es este Reglamento, se ha venido aceptando el uso de esta modalidad de contratación para cubrir vacantes en el sector público como una construcción jurisprudencial.

¹ SALA FRANCO, T. (2021). La temporalidad en el empleo público. *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, (1), 49-62.

Ello ha redundado en la generalización del contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas, sumiendo a los trabajadores contratados en esta modalidad en una acusada situación de precariedad laboral, derivada, precisamente, de la incertidumbre inherente a su puesto de trabajo, por cuanto su contrato finalizaría en el momento en que se decidiese cubrir la vacante por ellos suplida mediante oferta de empleo o promoción interna². A la agravación de esta situación ha contribuido la Reforma Laboral del año 2021, operada por Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, que ha pasado a contemplar en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores una nueva causa de celebración de contrato temporal por sustitución, referida a la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo. No obstante, como limita su duración a tres meses, esta nueva redacción del artículo 15 ET podría servir de nuevo argumento para potenciales transformaciones en indefinidos de contratos de duración determinada.

2.2. Principios rectores del Empleo Público.

En nuestro texto constitucional se prevén varios preceptos relativos al empleo público, sobre los cuales gravita, precisamente, la disparidad de criterios adoptada por la jurisprudencia social y administrativa a lo largo de los años, así como los vaivenes judiciales en torno a la cuestión del abuso en la contratación temporal.

Así pues, el **artículo 23.2 CE** consagra el derecho fundamental de todos los ciudadanos a **acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos**. Como se verá, este derecho fundamental y principio inspirador del empleo público parece colisionar con las pretensiones de fijeza que esgrimen los empleados públicos temporales que padecen una situación abusiva derivada de la concatenación injustificada de nombramientos o contratos, pues supondría convertir en personal fijo de plantilla (y, en el caso de los funcionarios interinos, en una suerte de funcionarios de carrera sin haber obtenido plaza) a empleados y empleadas que no han superado el correspondiente proceso reglamentario de selección o, de haberlo hecho, no han obtenido plaza. No obstante, es imperativo tener en consideración que el Tribunal Constitucional ha considerado inaplicable este precepto al personal laboral³, doctrina que será citada en numerosas resoluciones judiciales del

² STSJ de Madrid 8752/2021, de 21 de julio de 2021, FJ 3.

³ STC 281/1993, de 27 de septiembre de 1993.

orden jurisdiccional social como justificación de la transformación en indefinidos de los trabajadores temporales en fraude de ley.

Por otro lado, el **artículo 103.3 CE** establece como principios rectores del empleo público los de **mérito y capacidad**, que a su vez se recogen en el EBEP a la hora de regular las distintas categorías de empleados públicos, esta vez sí, siendo aplicables a ambos tipos de empleados públicos (funcionariales y laborales). Nuevamente, este principio constitucional se erige en impedimento para la consecución de la fijeza de las relaciones temporales abusivas con la Administración, sobre todo en lo relativo a los funcionarios interinos, por cuanto su conversión en personal fijo supondría otorgarles la categoría de funcionarios sin haber superado el preceptivo proceso. Es por ello que la jurisdicción contencioso-administrativa es la que se ha venido mostrando más reticente a aceptar la fijeza, siquiera la solución intermedia del indefinido no fijo, como solución o consecuencia al abuso en la contratación de duración determinada.

3. El indefinido no fijo como medida contra la temporalidad abusiva en la administración.

3.1. Una visión panorámica de temporalidad en la Administración Pública.

3.1.1. Datos de empleo público.

Para entender la situación del empleo público y los problemas que surgen en su seno, se exponen a continuación algunos datos relativos al personal al servicio de las AAPP actualizados a fecha de julio de 2022⁴.

En cuanto a la tipología de empleado público, se distribuye de la siguiente forma: 53,36% es personal funcionario de carrera; 22,30% es personal laboral; y 24,34% es otro personal, en el que se incluye y, de hecho, representan mayoritariamente, los funcionarios interinos.

No obstante, esta distribución no es similar en los tres tipos de administraciones territoriales, sino que, mientras que en la AGE el porcentaje de funcionarios de carrera alcanza el 82%, en los entes locales el personal laboral es el mayoritario, representado el

⁴ Boletín Estadístico del PERSONAL al servicio de las ADMINISTRACIONES PÚBLICAS JULIO 2022.

54% del total del personal. Esto apunta, consecuentemente, a una mayor conflictividad en cuanto al abuso de contratos temporales en las administraciones locales.

Con respecto a los índices de temporalidad, estos se han visto incrementados en el primer trimestre de 2022, llegando a alcanzar, para el caso de personal laboral, el 32,5%.

3.1.2. Consideraciones sobre la existencia de bolsas de empleo.

Para algunos puestos de empleados públicos, existen bolsas de empleo que están integradas por personas que han superado algún tipo de proceso selectivo sin obtener plaza fija, como puede ser el caso del personal docente de educación primaria, por ejemplo.

Resulta conveniente señalar este aspecto porque aquí radica una importante diferencia que se habrá de tener en cuenta a la hora de plantear posibles soluciones a la cuestión del abuso en la temporalidad y es que, si bien el principal escollo para la transformación en indefinido del personal temporal (funcionarios interinos y laborales temporales) es que dicha conversión colisiona con el principio de mérito y capacidad, este último quedaría salvaguardado en los supuestos en los que se hubiera superado un proceso selectivo presidido por tales principios.

De ahí que, como se analizará más adelante, las sentencias que reconocen la fijeza a trabajadores temporales en situación abusiva se han dictado en casos en los que se había superado un proceso selectivo destinado a cubrir plazas fijas, pero sin llegar a obtener plaza.

En relación con lo anterior, tampoco tendrá el mismo alcance o intensidad el uso abusivo de nombramientos sucesivos o contrataciones temporales encadenadas en todos los cuerpos de empleados públicos. Así, en el personal técnico, de gestión y administración de servicios, mucho más numeroso, con un mayor porcentaje de personal laboral y bolsas de empleo, por sus propias características resulta más proclive a albergar en su seno casos de temporalidad abusiva. Por el contrario, en otros cuerpos, como pueden ser los servicios especiales, que no admiten personal laboral y no tienen (generalmente) bolsas de empleo, este abuso no será tan acusado.

Las diferentes características de ambos grupos tienen que ver, por un lado, con las funciones que realizan, puesto que las funciones de autoridad pública están reservadas a

funcionarios y, también, como ya se apuntado, a la cantidad de recursos humanos que los conforman. Cuanto mayor es la necesidad de personal, mayor es el gasto que esta partida presupuestaria supone y, sobre todo en épocas de restricciones presupuestarias, serán estos colectivos los que se vean más perjudicados. Ello explicaría por qué se decide recurrir a personal temporal en épocas en las que los presupuestos no permiten o incluso prohíben la convocatoria de ofertas públicas de empleo para proveer plazas fijas.

3.1.3. Las restricciones presupuestarias como causa de la elevada temporalidad.

Sobre todo en la crisis financiera de 2008, con las medidas de austeridad que la siguieron, una de las partidas presupuestarias que tuvo que ser recortada fue la destinada a la provisión de plazas fijas de empleo público.

De hecho, durante esta época existían restricciones presupuestarias que prohibían la convocatoria de ofertas públicas de empleo durante varios años, por lo que se generalizó el uso de nombramientos y contratos temporales para cobertura de vacantes, en tanto no fuera posible suplirlas con personal fijo.

En concreto, estas restricciones presupuestarias se aducen como causa justificativa de la sucesión de contratos temporales durante un largo periodo de tiempo (lo cual constituiría una medida para abordar el abuso en la temporalidad ex Cláusula 5 del Acuerdo Marco) en la STJUE del caso IMIDRA, cuyos fundamentos jurídicos referidos a la posibilidad de convertir en indefinido al personal laboral temporal en situación de abuso se analizarán más adelante. Sin embargo, a modo de aproximación para intentar entender las causas de los elevados índices de temporalidad que se dan en nuestra Administración Pública, considero que es conveniente presentar aquí esta argumentación.

Pues bien, en el meritado caso IMIDRA, se exponía como justificación de la duración inusualmente larga del contrato de interinidad por vacante del demandante, que se extendió entre los años 2003 y 2016, la existencia de restricciones presupuestarias a raíz de la crisis del 2008 que prohibían ejecutar ofertas de empleo público entre los años 2009 y 2017. No obstante, el TJUE entiende que *“aunque las consideraciones presupuestarias pueden fundamentar elecciones de política social de un Estado miembro e influir en la naturaleza o el alcance de las medidas que pretende adoptar, no constituyen en sí mismas un objetivo de esa política y, por tanto, no pueden justificar la falta de cualquier medida*

preventiva contra la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco.”

En definitiva, está claro que **las restricciones presupuestarias afectan a la manera en la que se organizan los recursos humanos en las AAPP**, pues si existen vacantes que necesitan ser cubiertas, pero no hay dotación presupuestaria para organizar los procesos destinados a cubrirlas, se articula su provisión por medio de fórmulas necesariamente temporales, las cuales, a su vez, tendrán mayor incidencia en aquellos cuerpos que admitan personal laboral y bolsas de empleo. Debe tenerse en cuenta que el TJUE no pone en duda la legitimidad de esta decisión, sino que exige a los Estados Miembros la adopción de otras medidas que impidan y castiguen el abuso en la temporalidad. Es decir, **los motivos presupuestarios no son un argumento jurídico que sirva de causa objetiva justificativa de una sucesión de contratos o nombramientos temporales durante un periodo inusualmente largo de tiempo**, a los efectos de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, de modo que los EEMM deben necesariamente contemplar otras medidas destinadas a combatir el abuso en la temporalidad.

3.2. La importancia del Derecho de la Unión Europea.

Las situaciones abusivas en la contratación temporal por parte de la Administración se han venido combatiendo sobre todo mediante el Derecho de la Unión Europea y no tanto por nuestra normativa interna.

Así, la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, constituye un mandato claro de parte de la UE a sus Estados Miembros en lo que respecta a la lucha contra la temporalidad abusiva.

Ha sido declarado en incontables ocasiones por el Tribunal de Justicia de la UE que **la misma resulta de aplicación también a las Administraciones Públicas**, por lo que estas no pueden simplemente desobedecer sus directrices y continuar encadenando nombramientos o contratos temporales sin una causa objetiva que lo justifique. No es menos cierto que el Tribunal ha venido aceptando que se dispensen soluciones diferentes al personal del sector privado y público, siempre y cuando existan medidas para abordar el abuso en la concatenación de relaciones de duración determinada en ambos casos.

Pues bien, habida cuenta de la obligación que atañe a España como EM de la UE de contemplar medidas que aborden esta problemática, se ha planteado como solución la conversión en personal indefinido de aquellos empleados temporales que se encontrasen en una situación de fraude de ley o abuso, medida que resulta de lo más controvertida. Dicha controversia, no obstante, no proviene de la oscuridad de la legislación española al respecto, pues es claro que, de una parte, el acceso al empleo público debe estar presidido por los principios de acceso en igualdad de condiciones y bajo los parámetros de mérito y capacidad, lo cual se articula, con arreglo al artículo 55 del EBEP⁵, mediante la superación de procesos de selección reglamentarios⁶.

Ello desterraría, en principio, la posibilidad de convertir automáticamente en personal indefinido a aquellos que no cumpliesen con este requisito. Pero nada más lejos de la realidad, por cuanto se ha estado planteando de un tiempo (lejano ya) a esta parte la aplicación de esta solución por ser, pareciera, la consecuencia lógica al fraude de ley: el despliegue de las consecuencias jurídicas que con dicho fraude se pretendía eludir.

Así, se ha creado en el ámbito nacional la figura del “indefinido no fijo”, una creación jurisprudencial “marca España” que ha pretendido conjugar los intereses contrapuestos en los conflictos que surgen por el abuso en la contratación temporal⁷. Esta figura, de la que se pasará a hablar más detalladamente enseguida, también ha sido valorada por el TJUE, sobre todo a raíz de las dudas que planteaba en su aplicación a los Tribunales domésticos.

En definitiva, las dudas que surgen respecto de la transformación en indefinidos de los puestos de duración determinada han tenido que ser abordadas por el TJUE en numerosas

⁵ 1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico. 2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

⁶ FUENTETAJA PASTOR, J. (2020). La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización. *Revista de Administración Pública*, (212), 201-230.

⁷ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022). *Sistema de derecho administrativo I*. (6a, Ser. Sistemas de derecho y economía). Civitas Thomson Reuters.

ocasiones a la luz de la Directiva 1999/70, en punto a dilucidar si nuestro ordenamiento y jurisprudencia internos son ajustados o no al Derecho de la Unión en lo que a la lucha contra el abuso en la temporalidad se refiere.

3.3. La Directiva 1999/70/CE.

La Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, tiene como objeto la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores temporales, garantizando la igualdad de trato entre estos y los trabajadores indefinidos comparables y combatiendo, para ello, el fraude y el abuso en la contratación temporal. De esta forma, se explicitan en la Cláusula 1 que **los abusos objeto de combate son aquellos derivados de la “utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”**. Reviste especial importancia el concepto de “sucesivos” por cuanto se trata de un término sobre el cual los Estados detentan un margen de apreciación en cuanto a su definición (*ex* Cláusula 5.2 del Acuerdo), pero siempre dentro del límite que implica el respeto al efecto útil de la Directiva. Precisamente, la interpretación de este concepto realizada por los órganos jurisdiccionales de nuestro Estado ha sido motivo de consulta al TJUE vía cuestión prejudicial y un tema polémico en nuestra jurisprudencia.

El ámbito de aplicación de esta Directiva comprende las relaciones laborales de carácter temporal, entendiendo por tales aquellas que se vertebren sobre un contrato de duración determinada, y abarcando también las relaciones con la Administración Pública⁸, ya sean de Derecho privado o administrativo.

Así pues, la Cláusula 5 del Acuerdo establece la obligación para los EEMM de tomar medidas para evitar el abuso en la contratación temporal, proponiendo:

- a) *Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;*
- b) *La duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;*
- c) *El número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.*

⁸ STJUE *Marcelo y otros*, de 26 de noviembre de 2014 (C-22713, C-61/13, C-63/13 y C-418/13).

Por supuesto, se permite que los EEMM adopten medidas más favorables o legalmente equivalentes, es decir, cualesquiera otras que dispensen igual o superior nivel de protección y sean adecuadas para conseguir el fin perseguido por la Directiva.

El alcance de la Directiva y, más en concreto, de las medidas previstas en la meritada Cláusula han sido objeto de pronunciamiento por parte del TJUE, entre otras, en la relevante sentencia *Adeneler et. al (C-212/04)*. En ella se resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal griego sobre las cláusulas 1 y 5 del Acuerdo Marco y, en específico, sobre si estas han de interpretarse en el sentido de que impiden aplicar una normativa nacional que prohíbe, en el sector público, transformar en contrato por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a «necesidades permanentes y duraderas» del empleador, al conocer de un asunto en el que se solicita la conversión a indefinidas de las relaciones laborales por las que los 18 demandantes venían encadenando varios contratos temporales con un mismo empleador.

La Sala señala que **el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada**, así como tampoco determina las condiciones específicas en las que pueden utilizarse estos últimos contratos.

En esencia, la Directiva no puede ser aplicada de forma directa en tanto en cuanto las medidas previstas en la Cláusula 5 del Acuerdo no gozan de la suficiente claridad y taxatividad, ni atribuyen derechos subjetivos específicos a los ciudadanos, como para que esta pueda desplegar efecto directo⁹. Por el contrario, la Directiva sí dirige un mandato a los Estados que no es otro que el deber de adoptar las medidas que consideren oportunas en punto a resolver y evitar el abuso en la contratación temporal, correspondiendo a cada Estado la potestad para determinar qué medidas concretas emplear.

En caso de no existir medidas a tal efecto o de no resultar suficientemente adecuadas, proporcionadas y disuasorias, entonces podría un Tribunal inaplicar la normativa nacional (en el caso analizado, una norma que prohíbe en el sector público la conversión en indefinidos de los contratos temporales fraudulentos) si con ello se consigue salvaguardar el efecto útil de la Directiva. No obstante, nada dice la Directiva de que exista la

⁹ Sobre el efecto directo de las Directivas, STJUE *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963 (26/62).

obligación para los Estados de tener contemplada en su normativa interna la posibilidad de convertir en indefinidas las relaciones laborales de duración determinada, por ello, compete a los juzgadores nacionales valorar si existen otras medidas que revistan la entidad suficiente como para resultar disuasorias y sancionadoras de dicha conducta abusiva.

Resulta importante esta sentencia, si bien resuelve un conflicto en el ámbito del empleo público griego, que no es idéntico al nuestro, porque **las conclusiones alcanzadas por la Sala del TJUE sí son de aplicación al caso español:** primeramente, se aclara que la Directiva no obliga a que los Estados conviertan necesariamente en indefinidas las relaciones laborales de duración determinada que resultaren abusivas. En consecuencia, es posible que, como sucede en España, exista una norma nacional que prohíba la adquisición de fijeza a los empleados públicos temporales que no hayan superado el proceso de selección pertinente. No obstante, deben existir otras medidas tendentes a la reducción y corrección del abuso en la temporalidad, si bien es cierto que pueden ser diferentes para el sector público y el privado.

Como consecuencia, en defecto de cualesquiera medidas destinadas a solventar el abuso en la sucesión de contratos o nombramientos temporales, es posible que una norma nacional que prohíba la conversión de contratos de duración determinada en contratos por tiempo indefinido en la Administración quedase sin efecto.

3.4. El origen del “indefinido no fijo”.

La figura del “indefinido no fijo” (INF) es una creación jurisprudencial que ha tratado de dar respuesta al conflicto de intereses suscitado en los litigios entre empleados públicos de duración determinada y sus respectivas Administraciones empleadoras, responsables de un abuso en la contratación temporal derivado, normalmente, de la concatenación injustificada de sucesivos contratos temporales. Así, con esta creación se trata de conciliar los intereses de las personas trabajadoras que han sido contratadas fraudulentamente con los intereses generales y principios rectores del empleo público, como son los de mérito y capacidad. Nótese que se habla de “personas trabajadoras” y “contratos” porque este es un concepto que surge en el seno de la jurisdicción social, por lo que nos estaremos refiriendo en este primer momento a la situación del personal laboral.

Este concepto nace con la **STS (Sala IV) de 7 de octubre de 1996, Rec. de casación para la unificación de doctrina núm. 3307/1995**. En ella, la Sala de lo Social establece, por un lado, que las consecuencias jurídicas de un despido calificado de improcedente o nulo deben ser idénticas en la Administración Pública y en el sector privado, sin que los principios de mérito y capacidad consagrados en el artículo 103.3 CE puedan impedirlos.

No obstante, la Administración sigue detentando la obligación de atenerse a los sistemas de contratación que garanticen los referidos principios, lo que quiere decir, en el caso del personal de carácter temporal contratado fraudulentamente, que podrían ser cesados llegado el momento si la vacante que motivó su contratación en primer término fuese cubierta siguiendo el procedimiento reglamentario establecido a tal efecto. Por tanto, la relación laboral que une a estos trabajadores con la Administración es de carácter indefinido, pero no fijo.

En palabras de la propia Sentencia: *“la contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido.”*

Esta doctrina, aceptada desde entonces en la jurisdicción social¹⁰, aunque, como se verá más adelante, con importantes matizaciones a lo largo del tiempo, no tuvo tan buen recibimiento en el orden contencioso-administrativo, aunque han terminado por aceptarse los efectos de esta figura en cuanto al mantenimiento de la relación de empleo, si bien no tanto su nomenclatura.

Como ya se ha apuntado, la transformación o reconocimiento de la categoría de INF es la consecuencia del fraude o abuso en la contratación temporal, situaciones que pueden materializarse, para el **personal laboral**, mediante la concatenación injustificada de contratos de duración determinada que son en realidad de naturaleza estructural, por la superación de la duración inicialmente convenida, por la prolongación durante un periodo inusualmente largo de tiempo un contrato de interinidad por vacante y, también para este

¹⁰ Resulta también importante señalar que la figura del INF fue declarada constitucional por nuestro TC, para más información consultar ATC núm. 124/2009 de 28 de abril.

último tipo de contrato, por la superación del plazo de 3 años fijado en el art. 70.1 EBEP relativo a la convocatoria de oferta pública de empleo a los efectos de proveer dicha vacante.

En el caso de los **funcionarios interinos**, el abuso de la temporalidad se concreta en la sucesión de nombramientos durante un prolongado lapso temporal para cubrir, supuestamente con carácter temporal, la misma plaza.

Presentada esta figura, se analizará a continuación cómo se ha aplicado en la jurisdicción contencioso-administrativa y social, así como las últimas tendencias jurisprudenciales en cuanto a la posibilidad de conversión en indefinidos, sin adjetivos, a los trabajadores temporales en situación de fraude de Ley.

4. La fijeza como solución al abuso en el nombramiento de funcionarios interinos.

Tal y como se ha señalado en el apartado inmediatamente anterior, la doctrina del INF nace en el orden jurisdiccional social, no en el contencioso, por lo que su traslación al plano del Derecho Administrativo no ha seguido el mismo recorrido y no han sido pocas las ocasiones en las que el Tribunal de Justicia de la UE ha tenido que pronunciarse al respecto, pronunciamientos, dicho sea de paso, que han sido mejor recogidos por la doctrina laboralista que por la administrativista.

4.1. La Doctrina *Martínez Andrés* y su recepción por la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.1.1. STJUE *Martínez Andrés*, de 14 de septiembre de 2016 (C-185/15 y C-197/15).

En la **STJUE *Martínez Andrés*, de 14 de septiembre de 2016 (C-185/15 y C-197/15)**, la Sala Décima resuelve una cuestión prejudicial elevada por el TSJ del País Vasco sobre dos asuntos acumulados que versan sobre las consecuencias del abuso en la temporalidad por parte de la Administración, en lo relativo al nombramiento de funcionarios interinos.

Por un lado, la Sra. Martínez Andrés acumula 13 nombramientos sucesivos entre los años 2010 y 2012 como personal estatutario temporal eventual en la categoría de auxiliar

administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. El objeto del litigio es el cese de la trabajadora en dicho puesto de trabajo con fecha 1 de octubre de 2012.

Por otro lado, el Sr. Castrejana López fue en primer término contratado como personal laboral temporal en 1993 por el Ayuntamiento de Victoria-Gasteiz, contrato que finalizó en 1994, siendo de nuevo contratado como personal laboral eventual en 1995. En enero de 1998, se le nombra funcionario interino, puesto en el que cesó en noviembre de 1998. No obstante, dicho cese fue revocado en enero de 1999, de modo que el Sr. Castrejana continuó prestando servicios para la meritada Administración hasta 2012 en calidad de funcionario interino.

Pues bien, reconociendo el TSJ del País Vasco que ambos trabajadores se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE y observando un palmario abuso en la contratación temporal por parte de la Administración, este órgano jurisdiccional plantea al TJUE **si sería aplicable a estos dos casos la doctrina de los trabajadores indefinidos no fijos** que los tribunales españoles, con amparo en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, han elaborado y en cuya virtud resuelven asuntos de contratación temporal fraudulenta de trabajadores en el sector privado, pero que la jurisdicción contencioso-administrativa niega al personal de Derecho Administrativo. En esencia, pregunta el TSJ si la **cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva antes mentada se opone a la norma y práctica nacional consistente en no reconocer el mantenimiento en el empleo al personal al servicio de las Administraciones Públicas.**

Como se ha analizado anteriormente, recuerda el TJUE que la Directiva no impone ninguna sanción en concreto para el caso de contratación abusiva, por lo que **compete a los órganos jurisdiccionales de cada Estado interpretar sus normas nacionales a la luz de la finalidad perseguida por la Directiva 1999/70.**

No obstante, dado que el TSJ considera como premisa a la cuestión prejudicial el carácter abusivo de los sucesivos nombramientos, la Sala entra a examinar la adecuación de las medidas existentes en el Derecho español para evitar y sancionar la contratación temporal abusiva. Entiende el TJUE que para el caso del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas sí que existe una medida adecuada que evita y sanciona la contratación temporal abusiva, en tanto en cuanto los tribunales españoles aplican la

doctrina de los indefinidos no fijos. No obstante, **habida cuenta de la inexistencia de cualesquiera otras medidas en este sentido aplicables al personal estatutario**, entiende la Sala que, si el TSJ aprecia insuficiente la normativa nacional en este extremo, sería adecuada la transformación en indefinida de la relación temporal fraudulenta también para los interinos.

4.1.2. STSJ de País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 3979/2016 de 12 de diciembre.

Así las cosas, una vez recibida esta sentencia por los tribunales españoles, el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial que dio lugar a la misma –TSJ del País Vasco– procede a aplicar la doctrina que en ella se contiene, en concreto en la **STSJ de País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 3979/2016 de 12 de diciembre**. En ella, el TSJ resuelve aplicar la jurisprudencia consolidada en el Orden Jurisdiccional Social y considerar la relación entre los demandantes y la Administración demandada como **indefinida no fija**, hasta que *“la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su al cese, justificado este, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales.”*

4.1.3. STS (Sala III) núm. 3251/2018, de 26 de septiembre.

No obstante, lejos de quedar resuelto el debate sobre la aplicación de la doctrina del INF en la jurisdicción contenciosa, dicha sentencia es recurrida en casación y el Tribunal Supremo decide esquivar la trasposición de la jurisprudencia social al orden contencioso-administrativo, o por lo menos con el mismo nombre, dado que las consecuencias jurídicas que el Tribunal entiende aplicables al caso enjuiciado resultan sumamente similares a las que entiende la jurisdicción social. Así, en la **STS (Sala III) núm. 3251/2018, de 26 de septiembre**, resuelve el TS que: *“la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal que fue nombrado como funcionario interino de un Ayuntamiento, en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella*

desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y hoy en el mismo precepto del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

De otra parte, la Sala III admite la posibilidad de percibir, junto con la consecuencia descrita, una indemnización por daños y perjuicios si esta se solicita en el mismo procedimiento de impugnación del acto administrativo, en el momento procesal oportuno y se prueban suficientemente dichos daños y perjuicios derivados de la situación de abuso. Es decir, no reconoce el derecho automático a percibir una indemnización llegado el momento del cese, sino que decide incardinar esta cuestión por la vía de la responsabilidad patrimonial, supeditando su reconocimiento a la alegación y prueba de los concretos daños y perjuicios causados a resultas del cese en el puesto de funcionario interino por cobertura definitiva de la plaza.

En definitiva, a pesar de que parecía que ya en el año 2016 el TJUE abría la puerta a la conversión en indefinidos no fijos de los funcionarios interinos en situación de temporalidad abusiva, nuestro Tribunal Supremo termina por huir de esta construcción propia del Derecho laboral, pero reconociendo que la relación de empleo debe persistir hasta que la Administración provea la plaza vacante en debida forma.

4.2. Doctrina *Sánchez Ruíz* / *Fernández Álvarez* y su recepción por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como cabía esperar, la cuestión acerca de la transformación en indefinidas (no fijas) de las relaciones de empleo de duración determinada no queda zanjada con las SSTS de 26 de septiembre de 2018, sino que siguen elevándose cuestiones prejudiciales a este respecto y ello, fundamentalmente, porque la situación de incertidumbre y precariedad inherente al abuso en la temporalidad persiste para aquellos funcionarios interinos a los que se les reconoce el derecho a permanecer en su puesto de trabajo hasta que la Administración adjudique su plaza. Es decir, se cambia una situación de temporalidad por otra con distinto nombre y, además, con soluciones distintas según el empleado temporal sea personal administrativo o laboral.

4.2.1. STJUE Sánchez Ruíz / Fernández Álvarez, de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18).

Así pues, el TJUE se pronuncia nuevamente acerca de esta cuestión en la importantísima Sentencia del caso *Sánchez Ruíz / Fernández Álvarez, de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18)*. En ella, se aborda de nuevo la pregunta acerca de si es contraria a la Cláusula 5 del Acuerdo anexo a la Directiva 1999/70 la normativa española que únicamente prevé como medidas para abordar la contratación abusiva de personal estatutario temporal las siguientes: *“la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas de manera provisional por empleados públicos con relaciones de servicio de duración determinada, a la transformación de los empleados públicos a los que se haya nombrado de modo abusivo en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en «indefinidos no fijos» y a la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente”*

En el primero de los asuntos, el Sr. Sánchez Ruiz venía prestando sus servicios como funcionario interino durante 17 años para la Comunidad de Madrid, mediante dos nombramientos sucesivos, el segundo de los cuales se produjo como consecuencia del cese del Sr. Sánchez Ruíz en el cargo otorgado por el primero, provocado por un cambio legislativo que eliminó la categoría que había venido ostentando. Toda vez que la Comunidad no procedió a convocar una oferta pública de empleo tras el meritado cambio, sino que se nombró al actor nuevamente como interino.

De otra parte, resuelve conjuntamente el asunto de la Sra. Fernández Álvarez y otras, todas ellas funcionarias interinas de la Comunidad de Madrid ejerciendo funciones de odontólogas durante 12 a 17 años, objeto de entre 82 y 227 nombramientos sucesivos. La Comunidad de Madrid tampoco convocó en este caso oferta pública de empleo para cubrir estos puestos durante el espacio temporal señalado.

Pues bien, si bien el TJUE no es competente para interpretar el derecho interno, sí que puede proporcionar directrices a los órganos jurisdiccionales domésticos acerca de cómo valorar sus normas internas de conformidad con el Derecho de la Unión. De esta forma, resuelve:

En cuanto a la posibilidad de **proveer plazas fijas** para cubrir las vacantes ocupadas temporalmente por interinos, el Tribunal valora que, a priori esta medida podría resultar efectiva para evitar la precariedad derivada de la contratación temporal abusiva, pero es evidente a la luz de los asuntos analizados (no se realiza esta convocatoria) que la normativa española en este extremo resulta del todo ineficaz *de facto*.

Sobre la Disposición Transitoria 4ª del EBEP relativa a **procesos de consolidación de empleo destinados a interinos en situación abusiva**, tampoco considera el TJUE que esta medida sea verdaderamente eficaz, puesto que se configura como una potestad de la Administración, no una obligación, ni siquiera cuando sea evidente un abuso en la contratación de duración determinada. Además, apunta la Sala que, al estar abiertos estos procesos a cualquier otra persona que desee ocupar las plazas ofertadas y siendo su resultado incierto, los procesos de estabilización no constituyen una sanción adecuada a la conducta abusiva desplegada por la Administración.

Respecto a la **conversión en indefinidos no fijos** de los funcionarios interinos, el TJUE parte de la base de que el propio órgano jurisdiccional remitente descarta él mismo que esta sea, como las otras, una medida eficaz, toda vez que la continuación en el puesto de trabajo puede verse truncada por la amortización de dicho puesto o por el reingreso del funcionario sustituido, de modo que los interinos siguen sin estar en igualdad de condiciones que los funcionarios de carrera (no gozan de inamovilidad).

Finalmente, el TJUE sí considera que el **abono de una indemnización** que compense el abuso perpetrado puede constituir una medida legal equivalente a las previstas a la mentada cláusula 5, siempre y cuando esta sea proporcionada y revista la suficiente entidad como para resultar disuasoria. Así, la Sala indica que es tarea de los órganos jurisdiccionales internos valorar si una indemnización cuyo monto sea el mismo que la correspondiente a un despido improcedente cumple con estos requisitos.

Lo verdaderamente relevante de esta Sentencia en relación con el objeto de análisis de este trabajo es que parece abrir la puerta al reconocimiento de fijeza de los funcionarios interinos al considerar inadecuada e insuficiente la figura del indefinido no fijo. Sin embargo, las esperanzas que pudiera haber levantado esta resolución del TJUE se verán pronto desvanecidas por la recepción nacional de esta doctrina, que no parece ser del

agrado de los Tribunales españoles, especialmente en la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.2.2. STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) C. Valenciana núm. 371/2021, de 19 de mayo.

Si bien en recepción de la STJUE *Sánchez Ruíz* varios Juzgados de lo Contencioso-Administrativo habían declarado la fijeza de funcionarios interinos por entender como abusiva la sucesión injustificada de nombramientos temporales, la ilusión dura poco, pues la **STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) C. Valenciana núm. 371/2021, de 19 de mayo**, revoca el reconocimiento a una conserje interina de la condición de empleada pública fija con similares derechos a los funcionarios de carrera, decidiendo, por tanto, inaplicar la STJUE 19-3-2020 por entender que no concurre una sucesión de contrataciones temporales sino una única relación laboral prolongada en el tiempo. En consecuencia, la Sala expulsa al supuesto de hecho del ámbito de aplicación de las medidas contra la contratación abusiva previstas –o, al menos, sugeridas– en la Directiva 1999/70 por no tratarse de varios nombramientos sucesivos y no aprecia que la contratación efectuada por la Administración sea abusiva o fraudulenta.

Las críticas a esta Sentencia no se hicieron esperar, debido a la interpretación que realiza de la situación en que se encuentra la actora, puesto que, como se ha explicado, había ocupado el mismo puesto en régimen de funcionaria interina mediante un único nombramiento, siendo esto último fundamental para la Sala, en tanto que considera que habiendo un único nombramiento no puede subsumirse la situación de la demandante en el enunciado de “sucesivos contratos o relaciones temporales”.

Pues bien, la propia STJUE que la Sala de lo Contencioso-Administrativo decide inaplicar establece, en primer término, que el margen de apreciación de los Estados a la hora de interpretar el término “sucesivos” no es ilimitado, sino que sirve para permitir la adaptación de la Directiva a cada sistema normativo interno con sus diversas fórmulas de contratación. No obstante, ello nunca puede suponer que la interpretación de un Estado Miembro impida la consecución del objetivo de la Directiva, más en concreto, la estabilidad en el empleo y la lucha contra la precariedad. Así, **no se permite una interpretación restrictiva de la expresión “sucesivos contratos”, puesto que ello podría truncar el efecto útil de la Directiva**, de modo que, centrándose en el caso de un

empleado público que realiza durante varios años de forma ininterrumpida las mismas funciones, incumpliendo la Administración con su obligación de convocar el correspondiente proceso selectivo para cubrir dicha plaza, **aunque solo medien dos nombramientos deben entenderse estos prorrogados de año en año, de modo que este empleado no puede quedar excluido de la situación “sucesivos contratos”** cuando, además, las prórrogas injustificadas son consecuencia de un incumplimiento por parte de la Administración.

Por el contrario, la Sala de lo Contencioso opta por aferrarse al hecho de que, en el supuesto enjuiciado, la trabajadora había sido objeto de un único nombramiento y no considera que la relación que la une a la Administración, si bien comenzó como relación temporal supeditada a la cobertura de una vacante y se prolongó en el tiempo al no producirse tal cobertura, resulte idéntica a la del Sr. Sánchez Ruiz. La solución aportada por el Tribunal procede de una interpretación claramente restrictiva del concepto “sucesivos contratos”, tipo de interpretación vedado por el TJUE en este extremo y que permite que se siga perpetuando la situación de precariedad de los trabajadores (en sentido amplio) temporales en la Administración Pública. De hecho, la STJUE cita en sus fundamentos jurídicos las conclusiones de la Abogada General que ilustran a la perfección la consecuencia de una interpretación restrictiva de la situación: *“considerar que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada [...] por la única razón de que el empleado afectado [...] ha ocupado de manera ininterrumpida el mismo puesto de trabajo durante varios años y ha ejercido, de manera constante y continuada, las mismas funciones [...] puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del mencionado Acuerdo.”*

En este sentido, DE HEREDIA RUIZ¹¹, al analizar la doctrina contenida en la STJUE Sánchez Ruiz, apunta: *“el TJUE excepciona la regla que exige que haya una «sucesión» sólo si se da una condición: el incumplimiento de las reglas relativas a la cobertura de plazas vacantes”*, criterio que el Tribunal reiterará en la Sentencia del caso 11 de febrero 2021 (C-760/18), *Agios Nikolaos*.

¹¹ DE HEREDIA RUIZ, I. B. (2021, MAYO 22). El TSJ/C-A C. Valenciana revoca la SJC-A Alicante que declaró a interino como “empleado público fijo no funcionario de carrera”. UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES. <https://ignasibeltran.com/2021/05/20/el-tsje-a-c-valenciana-revoca-la-sjc-a-alicante-que-declaro-a-interino-como-empleado-publico-fijo-no-funcionario-de-carrera-y-el-tsje-a-pais-vasco-rechaza-el-reconocimiento-de-fijeza/>

4.3. Tendencia jurisprudencial actual.

Centrándonos en las últimas Sentencias de nuestro Alto Tribunal para comprobar cómo se ha seguido aplicando la posible solución de los INF o reconocimiento de fijeza al ámbito del Derecho Administrativo, se pueden destacar dos ideas: (i) se ha superado el requisito de la existencia de dos nombramientos para apreciar la situación de abuso en la contratación temporal y (ii) continúan aceptándose los efectos propios de la figura del INF pero se rechazan las pretensiones de fijeza.

4.3.1. STJUE *Agios Nikolaos*, de 11 de febrero de 2021 (C-760/18).

Sobre la primera idea, resulta fundamental comentar, nuevamente, una Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, en concreto, la **STJUE *Agios Nikolaos*, de 11 de febrero de 2021 (C-760/18)**¹². Si bien es cierto que en ella se responde a una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional del orden social, no es menos cierto que la reiteración que esta realiza del criterio ya sentado en la STJUE *Sánchez Ruíz / Fernández Álvarez* ha tenido notable influencia en la jurisdicción de lo contencioso y sirve en buena medida para explicar la progresiva aceptación del mantenimiento del empleo en la Administración respecto de los funcionarios interinos aun cuando no medien varios nombramientos.

En dicha Sentencia, El TJUE conoce de un asunto en el que varias trabajadoras fueron contratadas mediante contrato temporal regido por el derecho privado por el Ayuntamiento griego de Agios Nikolaos, inicialmente para un periodo de 8 meses, pero prorrogándose sus respectivas relaciones laborales más allá de la fecha convenida. Las trabajadoras solicitan se declare su relación laboral como indefinida y se anule el cese en sus puestos de trabajo, pues habían padecido un abuso en la contratación. La conversión pretendida por las actoras se haría con base en una Ley anterior, pero aún vigente, a una modificación de la Constitución de Grecia por la que se prohíbe la recalificación en indefinidas de las relaciones laborales temporales en el sector público

Primeramente, la Sala entra a analizar si el supuesto de hecho en el que la prolongación de la relación laboral de carácter temporal entre las trabajadoras y la Administración se

¹² DE HEREDIA RUIZ, I. B. (2021). Abuso en la temporalidad, el requisito de la sucesión de nombramientos y las prórrogas automáticas (A propósito de la STJUE 11 de febrero 2021, C-760/18, Agios Nikolaos). UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES.

debe a su prórroga automática derivada de actos legislativos que autoricen la renovación de los contratos temporales puede subsumirse en el vocablo “sucesivos contratos temporales”. En efecto, entiende el TJUE que **no puede excluirse del ámbito de aplicación de las medidas contenidas en la Directiva** la situación en la que se encuentran las demandantes, puesto que las merитadas **prórrogas automáticas deben considerarse renovaciones y, por tanto, entenderse que se han producido sucesivas contrataciones**. De lo contrario, se comprometería el efecto útil de la Directiva puesto que se permitiría emplear a trabajadores en condiciones precarias durante años.

Sentada esta premisa, el Tribunal analiza si, con el objeto de cumplir el Derecho de la UE, puede un órgano jurisdiccional nacional, ante la ausencia de medidas adecuadas para prevenir y sancionar la contratación temporal abusiva en su normativa interna, aplicar una norma referente a las relaciones laborales en el sector privado que permitiría transformar en indefinida una contratación temporal fraudulenta, aunque esta conversión en el sector público sea contraria a su Constitución.

Pues bien, recuerda el TJUE que todos los órganos jurisdiccionales están obligados a interpretar y aplicar su ordenamiento jurídico interno de acuerdo con el principio de interpretación conforme, es decir, de forma que este se adecúe o no contradiga al Derecho de la UE. En este caso, competiría, por tanto, al órgano jurisdiccional helénico comprobar si existen medidas adecuadas y suficientemente resarcitorias en todo el ordenamiento interno que permitan cumplir con los objetivos perseguidos por la Directiva. Si no existieren, señala el tribunal que **la conversión en indefinidas de las relaciones temporales fraudulentas constituiría una medida adecuada**, aun cuando sean contrarias a su propia Constitución.

Es especialmente interesante el razonamiento que realiza el Tribunal al entrar a valorar el alcance de la prohibición constitucional de convertir en indefinidos los contratos temporales, puesto que señala que **no puede un Estado, dentro del periodo de que dispone para adaptar su Derecho interno al Derecho de la Unión, promulgar normas que de alguna manera impidan la eficaz implantación de la normativa europea**.

4.3.2. STS (Sala III) núm. 1567/2021, de 22 diciembre.

Habida cuenta de lo tajante que resulta el Tribunal de Luxemburgo en cuanto a la aplicación de la Directiva 1999/70 a los supuestos de contratos de interinidad de una

duración inusualmente larga, no resultará difícil entender que nuestro Tribunal Supremo haya optado por reconocer el derecho al mantenimiento del empleo de aquellos funcionarios interinos que se hallaren en esta situación por considerarla objetivamente abusiva, eso sí, quedando sometido a la condición de que, cuando se cubra definitivamente la plaza que ocupan, serán cesados. En este sentido, ha terminado resolviendo nuestro Alto Tribunal en la **STS (Sala III) núm. 1567/2021, de 22 diciembre**, de la siguiente manera: una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo que **se prolonga ininterrumpidamente durante más de diez años sin que la Administración haya mostrado que estuviera destinada a algo distinto que cubrir una necesidad permanente constituye una utilización objetivamente abusiva del trabajo de duración determinada, a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco**. En consecuencia, al entender dicha situación como constitutiva de abuso por quedar desconectada la modalidad de nombramiento y la naturaleza de la plaza ocupada durante tan pronunciado periodo de tiempo, redunda en el derecho del trabajador a la **subsistencia y continuación de la relación de empleo** con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella **hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico**.

Así, la Sala **rechaza la reclamación de fijeza pretendida**, amparándose en la jurisprudencia del TJUE que niega la existencia de un derecho de conversión en personal fijo de platilla a aquellos trabajadores que se hallen en una situación de contratación temporal abusiva, pues no se desprende de la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70 que esa deba ser necesariamente la consecuencia ni que tal derecho venga reconocido en la referida cláusula.

4.3.3. STS (Sala III) núm. 792/2023, de 14 junio.

En la misma línea, la reciente **STS (Sala III) núm. 792/2023, de 14 junio**, que, reiterando la anterior doctrina, reconoce como abusiva la situación de una funcionaria interina que había experimentado seis nombramientos entre los años 2016 y 2017 como personal estatutario eventual en el SERGAS. Entiende la Sala que durante el referido periodo de tiempo se deduce que la demandante no ha prestado servicios propios de personal estatutario temporal eventual según lo normativamente previsto para tal figura, luego no hay base para negar que haya prestado esos servicios de manera ininterrumpida y en el mismo puesto, lo que permite concluir que en su caso existió abuso en la temporalidad.

Se estima, por tanto, que subsista y continúe la relación de empleo que venía manteniendo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que provea la plaza que ocupa por personal estatutario de carrera.

En definitiva, apreciado el abuso no se reconoce a los empleados temporales la naturaleza de indefinidos no fijos como tales, sino el derecho al mantenimiento de la plaza que hayan venido ocupando sin que la Administración haya demostrado que la misma estaba destinada a cubrir necesidades coyunturales y no estructurales. Todo ello, hasta que se provea definitivamente la plaza que han venido detentado, por lo que las pretensiones de fijeza quedan, de momento, desterradas.

Asimismo, respecto a la indemnización por cese reclamada en estos supuestos (que, aun no siendo objeto del presente trabajo, resulta importante a fin de realizar una valoración crítica de la doctrina de nuestro TS), el Tribunal entiende que esta no puede ser automática, sino que debe encaminarse por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado, de tal forma que deben alegarse y probarse los concretos perjuicios causados. Todo ello no supone otra cosa que la consolidación de la jurisprudencia que ya había sentado esta Sala III en el año 2018, hasta tal punto que la Sala de Admisión ha dejado de admitir a trámite recursos de casación referidos a las consecuencias de una concatenación abusiva de nombramientos de interinos por pérdida sobrevinida de interés casacional de esta cuestión¹³, según el Tribunal, ya resuelta.

4.4. Valoración crítica.

Pues bien, una vez entendida cuál es la postura de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestro Alto Tribunal, se debe cuestionar esta a la luz del principio de primacía del Derecho de la Unión, o lo que es lo mismo, es momento de preguntarse si la interpretación y solución del Tribunal Supremo a los supuestos de sucesivos nombramientos temporales declarados abusivos es ajustada al Derecho Comunitario. Con todo el respeto a la doctrina del Alto Tribunal, no pueden sino surgirme dudas acerca de su conformidad a la jurisprudencia del TJUE, por cuanto esta, al resolver las diversas cuestiones prejudiciales suscitadas sobre asuntos de esta índole, mantiene constante la misma idea: es imperativo que el ordenamiento interno de los Estados Miembros

¹³ DE CASTRO MARÍN, E. (2023). La cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE: recepción de la jurisprudencia europea en la interna, primacía del Derecho de la Unión y tutela judicial efectiva. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (100), 5.

contenga medidas para prevenir y sancionar los abusos en los nombramientos temporales. Por ello, competirá a los tribunales de cada Estado decidir si su respectiva normativa interna se ajusta a las exigencias de la Directiva 1999/70 y, de no ser así, realizar una interpretación conforme al Derecho de la Unión para garantizar que se da cumplimiento a los objetivos de la misma.

Así, el Tribunal de Luxemburgo ha convenido en aceptar la adecuación al DUE de la conversión en indefinidas de las relaciones temporales abusivas, así como el abono de una indemnización, si bien matiza, respecto de este último punto, que no puede tratarse esta de una medida aislada e independiente¹⁴. A pesar de lo anterior, la Sala III de nuestro Alto tribunal rechaza tanto la fijeza, manteniendo la situación de temporalidad incierta de los funcionarios interinos y justificando el cese llegado el momento por cobertura de la plaza, como el abono de una indemnización vinculada al cese, lo cual obliga a los afectados a buscar un resarcimiento económico por vía distinta, cosa que no ocurre en la jurisdicción social.

Ello supone que la solución del TS a este problema ni corrige la situación de abuso en la que se hallan los justiciables que buscan una solución en los tribunales, ni les brinda compensación de ningún tipo. Así las cosas, no parece que el Tribunal haya querido adaptar su doctrina a las directrices del TJUE a fin de corregir el silencio normativo sobre esta cuestión. Desconozco si la solución adecuada habría de ser la fijeza, desde luego no pienso que el reconocimiento como INF de los funcionarios interinos (ni del personal laboral temporal), dado que se trata de otra modalidad contractual igualmente temporal, solucione la incertidumbre y la consecuente precariedad asociada a los puestos de trabajo no indefinidos.

Quizás, dado que cuando se trata de personal de Derecho Administrativo, el reconocimiento de fijeza equivaldría a una suerte de funcionarización de los interinos sin respetar el procedimiento reglamentario, poniendo en jaque los principios de mérito y capacidad que rigen el empleo público, la transformación en personal fijo no parece la solución más coherente con nuestro sistema normativo. No obstante, no es menos cierto que los funcionarios interinos que han obtenido tal consideración por encontrarse en una bolsa de empleo, en realidad, sí que cumplen con el principio de mérito, pues han

¹⁴ STJUE *IMIDRA*, de 3 de junio de 2021 (C-726/19).

superado un proceso selectivo, pero no de capacidad o, al menos no la capacidad que se exige para la obtención de plaza. Este sería el caso de los interinos que han aprobado el examen correspondiente, sin haber obtenido una calificación suficientemente alta como para obtener plaza, pero sí bastante para entrar en la bolsa de empleo, es decir, se les reconoce la capacidad para desempeñar el puesto de trabajo. Es por ello que se recurre al personal en este tipo de bolsas de empleo para la cobertura de vacantes que la Administración no considera que se puedan suplir, en ese momento, con funcionarios de carrera y, si se les mantiene durante un periodo de tiempo inusualmente largo, deviene más cuestionable la tesis que considera que la solución de fijeza no resultaría aplicable porque conculcaría los principios de mérito y capacidad.

Sea como fuere y al margen de mi opinión, lo que no considero que sea acorde a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es que, convalidando la legalidad del cese por cobertura reglamentaria de la plaza, nuestro Tribunal Supremo, aun cuando reconoce el abuso inherente a la sucesión injustificada de nombramientos temporales, no entienda que dicho cese debe llevar aparejada una indemnización. Es decir, no considero que el Tribunal Supremo respete el principio de primacía del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del TJUE en tanto en cuanto descarta como medidas correctivas y sancionadoras tanto la fijeza, como la figura del INF (aunque acepta el derecho al mantenimiento del empleo) como el percibo de una indemnización, pues el Tribunal de Justicia es claro cuando dice que los ordenamientos internos de los Estados deben contar con soluciones a este problema y, de no tenerlas, serán los órganos jurisdiccionales quienes deban encontrarlas por la vía de la interpretación conforme.

Como conclusión a este apartado, simplemente apuntar que son ya varios los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE que nos ordenan tomar medidas para abordar el problema de la contratación temporal sucesiva constitutiva de abuso y, mientras que la jurisdicción social, sea o no de forma acertada, al menos, ha ido modulando su criterio en la dirección señalada por el TJUE, esto mismo no es, en cambio, predicable del orden contencioso-administrativo, atrincherado en su criterio del año 2018.

5. La fijeza como solución al abuso en la contratación temporal del personal laboral.

5.1. Evolución jurisprudencial.

Como se ha venido adelantando, en lo que se refiere al personal laboral al servicio de las AAPP la figura del “indefinido no fijo”, desde su creación en el año 1996, ha estado plenamente aceptada.

A pesar de lo anterior, han existido vaivenes jurisprudenciales en cuanto a su naturaleza jurídica y las consecuencias de la extinción de los contratos de trabajo de este tipo de empleados.

Así pues, siguiendo a DE HEREDIA RUIZ, se pueden distinguir cuatro etapas jurisprudenciales en cuanto a la naturaleza de los INF.

5.1.1. Primera etapa: consolidación de la figura de los INF.

Tras un inicial vaivén doctrinal en lo que se refiere a las consecuencias de la contratación temporal abusiva o fraudulenta por las Administraciones Públicas, con la ya explicada STS de 1996, se crea la figura de los indefinidos no fijos. Posteriormente, en la **STS de 20 de enero de 1998 (rec. 317/1997)**, se matiza que estos trabajadores son **indefinidos, pero sometidos a condición**.

Es decir, se declara no ajustada a Derecho la causa de extinción contractual consistente en la expiración de la duración convenida y, por ello, se reconoce como indefinida su relación laboral, si bien está sometida a una condición: que la Administración provea definitivamente la plaza.

Esta naturaleza jurídica de indefinidos sometidos a condición es extensible tanto a los trabajadores temporales contratados por las modalidades previstas en el ET como a los interinos por vacante.

5.1.2. Segunda etapa: los INF son trabajadores temporales.

A partir de la **STS de 24 de junio 2014 (rec. 217/2013)**, se reformula la calificación jurídica de los interinos por vacante al entender que su contrato no está sometido a condición, en tanto que la causa de extinción de su contrato, esto es, la cobertura

reglamentaria de la plaza, es un evento cierto, aunque no se sepa el momento temporal exacto en el que habrá de producirse.

La jurisprudencia posterior a 2014 aplica este mismo razonamiento al resto de INF, reconociendo su naturaleza también temporal.

5.1.3. Tercera etapa: los INF no son trabajadores temporales.

La **STS 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015)** sostiene que los contratos INF no son contratos temporales, sino contratos indefinidos que se extinguen por la aparición de una causa objetiva asimilable a la prevista en el artículo 52, c) ET (causas ETOP).

Resulta relevante de este pronunciamiento el hecho de que, a diferencia de lo que venía ocurriendo hasta ahora, se distingue la naturaleza temporal de los interinos por vacante y el resto de trabajadores temporales calificados como INF, pues los primeros siguen teniendo reconocida la naturaleza de temporales (su contrato se extinguiría por llegada a término), mientras que los segundos no (contrato extinguido por causas objetivas).

5.1.4. Cuarta etapa: INF son temporales.

La **STS de 2 de abril 2018 (rec. 27/2017)** reconoce nuevamente el carácter temporal de los contratos laborales de los INF en el seno de un litigio sobre promoción profesional. Sin embargo, no realiza mención alguna sobre la doctrina contenida en la meritada STS de 2017, por lo que tampoco aporta argumentos que contradigan los esgrimidos en esta última en punto a sostener la naturaleza indefinida de los INF.

5.1.5. Doctrina del TJUE: los INF son trabajadores temporales.

A pesar de los múltiples vaivenes jurisprudenciales que han atravesado los tribunales españoles, lo cierto es que el Tribunal de Justicia de la UE ha declarado en su **Auto de 26 de abril de 2022** que los trabajadores INF son trabajadores de duración determinada a los efectos de la Directiva 1999/70/CE¹⁵ al resolver una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social N°3 de Barcelona.

¹⁵ PÉREZ GUERRERO, M. L. (2022). Derecho administrativo del trabajo. Los trabajadores indefinidos no fijos son trabajadores temporales desde la perspectiva de la directiva 1999/70/ce sobre trabajo de duración determinada: Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 26 de abril de 2022 Temas laborales: *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (165), 251-264.

El supuesto de hecho versaba sobre un encadenamiento injustificado de contratos temporales celebrados entre el demandante y una Universidad pública, entre los años 2005 y 2019, año este último en el que el demandante firmó un nuevo contrato de duración determinada, esta vez, de interinidad para ocupar la plaza vacante que, en realidad, llevaba ocupando desde sus inicios, puesto que las tareas realizadas por el actor seguían siendo las mismas.

Afirma el TJUE que *“es irrelevante que la relación laboral entre dicho demandante y su empleador se convierta, como sanción, en “indefinida no fija”*”, entendiendo que la definición jurisprudencial de este concepto es perfectamente subsumible en la de contrato de trabajo de duración determinada a la luz de la Directiva 1999/70.

La relevancia de este pronunciamiento estriba en que supone reconocer que la medida que con carácter general ha venido adoptando la jurisdicción Social española, que es la conversión en INF de los trabajadores temporales en situación abusiva, supone en simplemente mutar la categoría de contratación de duración determinada, no su naturaleza temporal. La principal implicación de ello es que pone en tela de juicio la adecuación de esta medida pretendidamente sancionadora a los objetivos de la Directiva, pues no soluciona el verdadero problema que se plantea en los supuestos objeto de controversia: la existencia de sucesivos contratos que no atienden a una verdadera causa objetiva que sirva de justificación a su excesiva duración.

5.2. Doctrina *Sánchez Ruiz* / *Fernández Álvarez* y su recepción en España: el caso AENA.

La STJUE del caso *Sánchez Ruiz* ha sido previamente analizada en el apartado referido a los funcionarios interinos y, si bien resuelve una cuestión prejudicial planteada por un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, no es menos cierto que las respuestas en cuanto a la adecuación al DUE de las medidas españolas para combatir el abuso en la temporalidad son aplicables asimismo a las decisiones del orden social. Concretamente, en lo relativo a los procesos de estabilización y ofertas públicas de empleo como medidas adecuadas para combatir la temporalidad abusiva, pues recordemos que se reprocha a España el hecho de que el resultado de los procesos de selección, por ser incierto, no resulta una medida adecuada para cumplir con los objetivos de la Directiva 1999/70/CE.

De esta forma, nuestro TS pasa a resolver en el sentido de que, toda vez que se ha superado un proceso selectivo para plazas fijas, aún sin obtener plaza, se entienden respetados los principios de mérito y capacidad y se debe reconocer la fijeza de aquellas personas trabajadoras que hubieran sido incluidas en bolsas de empleo por la superación del proceso y se encontrasen en una situación de abuso por la concatenación injustificada de sucesivos contratos de duración determinada o por fraude en la contratación temporal.

5.2.1. STS caso AENA: reconocimiento de fijeza al haber superado un proceso selectivo para la cobertura de plazas fijas.

En su **STS (Sala IV) núm. 1112/2021 de 16 de noviembre**, el Alto Tribunal entiende que es posible reconocer la fijeza de una trabajadora que ha superado un proceso selectivo dirigido a la cobertura de plazas fijas, sin haber obtenido plaza, porque se han salvaguardado los principios de mérito y capacidad.

La trabajadora demandante venía prestando servicios para AENA con antigüedad del 23/07/2007, encadenando sucesivos contratos temporales, bajo diferentes modalidades, siendo el último en el año 2016, de interinidad para cobertura de vacante. Este finaliza al año siguiente por asignación definitiva fija de su plaza.

Durante los periodos en que la demandante ha prestado servicios para AENA, **siempre ha desempeñado las mismas funciones y en el mismo puesto de trabajo**, concretamente en el departamento comercial.

La actora participó en la convocatoria externa de plazas fijas de superando el proceso selectivo y no obteniendo plaza. Las bases de dicha convocatoria establecían la constitución de **Bolsas de candidatos en reserva para cubrir plazas tanto fijas como temporales**, siendo contratada nuevamente en régimen temporal por estar adscrita a dicha bolsa.

Como premisa, resuelve el TS que, **al ser AENA una entidad pública empresarial**, en los procesos de contratación iniciados por esta **rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad**, que deben observarse en el acceso al empleo público y que se aplican, de conformidad con la disp. adic, 1ª EBEP, a todas las entidades del sector público.

Pues bien, en las bases de convocatoria de empleo de AENA se hace constar, por un lado, que las **plazas provistas son de carácter fijo** y, por otro, que la **bolsa de candidatos de reserva se destinará tanto a puestos fijos como temporales**.

Así, el TS resuelve en el sentido de que *“la demandante participó en un proceso para plazas fijas, no para plazas temporales. Insistimos, la parte actora ha superado un proceso selectivo para plazas fijas, sin haber obtenido plaza, y ha estado atendiendo una que, aunque lo fuera bajo un contrato temporal, se ha puesto de manifiesto que no tenía tal naturaleza con lo cual los criterios de mérito y capacidad ya se pusieron de manifiesto mediante la participación en una pública convocatoria para ocupar plazas fijas, que tuvo lugar en 2006, cuyo proceso superó satisfactoriamente, sin que la falta de asignación de plaza venga a alterar el cumplimiento de aquellos requisitos.”*

En la misma línea que la sentencia del caso AENA, la **STSJ de Galicia núm. 3105/2023, de 28 de junio** reconoce la fijeza de una trabajadora que hubo superado un proceso selectivo convocado en el marco de un proceso de estabilización, pero sin haber obtenido plaza.

En este caso, la trabajadora había venido prestando sus servicios para la RTVG encadenando un gran número de contratos temporales desde el año 1998 hasta el año 2012, siendo muchos de ellos contratos de sustitución sobre los cuales ha quedado acreditado que la causa de sustitución esgrimida era falsa.

En el año 2011, se convoca un proceso de estabilización y la actora se presenta, pero no logra obtener plaza. Así, en el en el año 2012, finalizado dicho proceso de estabilización, se le comunica a la demandante la terminación de su relación laboral por cobertura definitiva de su plaza.

Tras el proceso de estabilización, aquellos trabajadores que se hubieran presentado sin obtener plaza fueron incluidos en una bolsa de empleo temporal y, por formar parte de ella, la trabajadora fue nuevamente contratada por medio de sucesivos contratos temporales hasta el año 2019, algunos de los cuales eran contratos de sustitución celebrados en fraude de ley, toda vez que la demandante no sustituía verdaderamente a las personas que figuraban como sustituidas.

En virtud de lo anterior, la demandante interesa se le reconozca la condición de trabajadora fija con antigüedad reconocida desde el año 2012 como redactora y la Sala, remitiéndose a su anterior jurisprudencia, estima su pretensión

“se dan aquí las cuatro circunstancias que permiten la declaración de fijeza en casos como el presente:

(a) Superación de los requisitos exigidos en un proceso selectivo para personal fijo. No obteniéndose una de tales plazas, únicamente, por la inexistencia de un número de plazas suficientes para todas las personas que cumplieron con las exigencias previstas.

(b) Integración, como consecuencia de la participación en ese proceso selectivo para personal fijo, en una lista de contratación.

(c) Posterior contratación temporal fruto de un llamamiento derivado de la integración en la citada lista.

(d) El carácter fraudulento de tal contratación temporal.”.

No obstante, la doctrina contenida en la STS AENA no puede aplicarse con toda la amplitud que se desee, debiendo ajustarse a las bases de la convocatoria de oferta pública de empleo de que se trate. Así, en una muy reciente resolución de la Sala de lo Social, la **STS (Sala IV) núm. 4816/2023, de 11 de noviembre**¹⁶, desestima la pretensión de fijeza de una trabajadora que había superado la fase de oposición de un proceso selectivo porque las bases de su convocatoria impedían entender que habían superado el proceso un número mayor de aspirantes que plazas ofertadas.

La cuestión a resolver en la presente sentencia consiste en determinar si la superación de los ejercicios de la fase de oposición de un proceso selectivo, sin obtener plaza y pasando a ingresar la lista de contratación temporal, permite calificar la relación laboral de fija (en vez de indefinida no fija).

¹⁶ Conviene señalar que con esta sentencia se pone fin a las discrepancias de criterio sostenidas por el TSJ de Galicia y el TS, siendo que el primero ya de un tiempo a esta parte se había venido mostrando más tendente al reconocimiento de fijeza. Así, ya en el año 2018, con su **STSJ de Galicia (Rec. 1102/2018), de 28 de junio de 2018**, declara la fijeza de 9 trabajadores que acceden a una plaza de personal laboral a través de concurso en el que no se especificaba si la plaza era temporal o estructural, entendiendo el TSJ que es de naturaleza estructural y que, en consecuencia, apreciado el carácter fraudulento del contrato de duración determinada, resulta de aplicación la misma doctrina que para el sector privado, esto es, la conversión de los contratos temporales en contratos por tiempo indefinido.

La actora venía prestando servicios para la Xunta de Galicia, Consellería de Política Social, desde el día 3 de diciembre de 2007, mediante un contrato de interinidad por vacante e interesa sea declarada fija por haber participado en el año 2003 en el proceso selectivo concurso-oposición para el acceso a las categorías del personal laboral fijo, aprobando los ejercicios, pero sin llegar a obtener plaza.

El proceso selectivo al que se presenta en el año 2003 constaba de dos fases, una de oposición y otra de concurso de méritos. No se puede considerar que la demandante haya superado este proceso por dos motivos:

En primer lugar, porque **solo aprobó la fase de ejercicios**, no ambas, por lo tanto, no ha superado el proceso, solo ha aprobado una parte, **lo cual tiene como única consecuencia su integración en una bolsa de empleo para puestos temporales**.

En segundo lugar, en el apartado III,15 de la convocatoria se hacía expresamente constar que *"en ningún caso el Tribunal podrá declarar que superaron el proceso selectivo un número superior de aspirantes que el de plazas convocadas, resultando que cualquier propuesta de aprobados que contravenga lo así establecido será nula de pleno derecho"*. De ahí que, en el presente supuesto, **no se pudiera declarar que la actora había superado el proceso selectivo**.

En añadidura, a diferencia de lo que ocurre en el caso AENA, en las bases de la convocatoria del caso de autos no se prevé que la bolsa de empleo integrada por aquellas personas que no hubiesen obtenido plaza pueda servir para cubrir plazas fijas, mientras que en el caso AENA, se permitía recurrir a las personas que integrasen la reserva de candidatos para ocupar puestos fijos.

Con base en esta diferencia, el Tribunal Supremo resuelve que **no es posible reconocer la condición de fija a la trabajadora demandante, por cuanto no ha superado un proceso para la cobertura de plazas fijas e integra una bolsa de empleo destinada únicamente a vacantes temporales**.

No obstante, **apreciando el carácter abusivo de su relación laboral**, por haberse prolongado injustificadamente su contrato de interinidad por vacante durante un periodo inusualmente largo de tiempo, sin que la Administración haya cumplido con su deber de

cubrir la plaza que la trabajadora venía ocupando a través del proceso reglamentario correspondiente, **se le reconoce la condición de indefinida no fija.**

Sobre este resolución llama la atención la insistencia con la que Sala remarca que en la STS AENA la reserva de candidatos estaba dirigida a la cobertura de puestos fijos, no temporales. Pareciera que, en este supuesto de hecho, el TS entiende como criterio determinante para rechazar la pretensión de fijeza el hecho de que la bolsa de empleo en la que se integraba la actora estuviese destinada a puestos temporales, mientras que en la anterior el criterio sostenido era el de la **naturaleza fija de las plazas a las que se dirigía el proceso selectivo, no la bolsa de empleo.** Considero que esta última es la doctrina acertada porque, como dice el propio Tribunal, es por la superación del proceso selectivo por lo que se entienden respetados los principios de mérito y capacidad, no por la integración en una bolsa de empleo, ya que esta es, por otro lado, una consecuencia de la superación de ese mismo proceso selectivo, pero sin haber obtenido plaza.

Pese a que el TS señala esta diferencia en varias ocasiones en la STS de noviembre de este año, entiendo que la *ratio decidendi* continúa siendo la misma, esto es, la superación del proceso selectivo, por cuanto en el supuesto de autos la actora no ha hecho lo propio, pues en las bases de la convocatoria se impide dar por aprobado el proceso a aspirantes que no hayan conseguido plaza.

5.2.2. SSTs que niegan la fijeza en el caso de superación de procesos selectivos para plazas temporales.

Con la sentencia del caso AENA, se consolida la posibilidad de reconocer la fijeza a aquellos empleados que se hubiesen integrado en una bolsa de empleo tras haber superado un proceso selectivo, siempre y cuando dicho proceso estuviese destinado a la cobertura de vacantes fijas. Por tanto, siendo este último hecho el factor determinante que permite declarar la fijeza, no podrá aplicarse la misma consecuencia a aquellos trabajadores que hubieran superado el proceso selectivo para cubrir vacantes de naturaleza temporal.

De hecho, un día antes de que se dictase la sentencia del caso AENA, el Tribunal Supremo había resuelto sobre este extremo en su **STS (Sala IV) núm. 1163/2021, de 25 de noviembre**, entendiéndose que las irregularidades en la contratación temporal con AAPP determinan la calificación del contrato como “indefinido no fijo”, sin que proceda declarar la relación como fija, teniendo en cuenta la finalidad de aquella figura de

salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben observarse en el acceso al empleo público, a lo que no obsta la superación por **la trabajadora de un proceso selectivo para la cobertura de una vacante temporal, dado que dicha superación no cumple con los citados principios constitucionales.**

En la misma línea, la **STS (Sala IV) núm. 467/2023, de 4 de julio,** reconoce la condición de INF a un trabajador que se encontraba vinculado con su Administración empleadora por medio de un contrato temporal declarado como abusivo, tras haber superado un proceso selectivo para la cobertura de plazas vacantes temporales. La Sala entiende que la superación de un proceso de convocatoria para acceder a un contrato temporal de una relación laboral que ha sido declarada fraudulenta, no permite calificar la relación de indefinida fija, con lo que el trabajador será personal indefinido no fijo.

Asimismo, la **STS (Sala IV) núm. 700/2023 de 4 octubre** declara el carácter de indefinido no fijo de la relación laboral que vincula a las partes, pero no se estima la pretensión en punto a la declaración de fijeza, aun cuando hayan existido procesos de selección temporales superados por los trabajadores, precisamente, por la naturaleza temporal de las vacantes ofertadas.

5.3. Doctrina *IMIDRA* y su recepción en la jurisdicción social.

5.3.1. STJUE *IMIDRA*, de 3 de junio de 2021 (C- 726/19).

La **STJUE *IMIDRA*, de 3 de junio de 2021 (C- 726/19)** ha tenido un gran impacto en la jurisprudencia social de nuestro país, por cuanto sirvió para detonar el cambio de criterio del TS a la hora de resolver sobre la calificación de aquellos trabajadores temporales, en concreto los que tienen un contrato de interinidad por cobertura de vacante, que ocupasen una plaza por un periodo de tiempo superior al establecido en el artículo 70 del EBEP, que dice como sigue:

Artículo 70. Oferta de empleo público.

*1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, [...]. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse **dentro del plazo improrrogable de tres años.***

La limitación temporal del plazo del que dispone la Administración para la convocatoria de la oferta de empleo sirve como medida para evitar la prolongación injustificada de contratos de duración determinada como consecuencia de la falta de provisión de plazas definitivas. Con ello, se pretende dotar de verdadera eficacia, en tanto que medida contra la temporalidad abusiva, a los procesos de selección destinados a suplir las vacantes que estaban siendo ocupadas por personal temporal.

En el caso de autos, el demandante había sido contratado en el año 2003 mediante contrato temporal de interinidad para cobertura de vacante por la Comunidad de Madrid, prolongándose su relación laboral más allá de los tres años que la Ley española del EBEP prevé como plazo para la convocatoria de una oferta de empleo público destinada a suplir las vacantes presentes en la Administración. Sin embargo, en el año 2016 el trabajador fue cesado de su puesto de trabajo por habersele asignado el mismo a un trabajador fijo mediante el señalado proceso selectivo.

Hasta la presente STJUE, el Tribunal Supremo entendía que la prolongación de contratos de interinidad por largos periodos de tiempo, sobrepasando el plazo de tres años previsto en el EBEP, no constituía una situación abusiva, por lo que no procedía convertir en indefinida la relación laboral temporal. En concreto, el TS niega que se puedan convertir en indefinidas las relaciones temporales de forma automática por la mera superación del plazo de 3 años, puesto que este puede ser prorrogado si no se cubre la plaza vacante con un trabajador fijo, y entiende que las restricciones presupuestarias ocasionadas por la crisis del 2008 que prohibían la convocatoria de ofertas públicas de empleo entre los años 2009 y 2017 constituye una causa objetiva que justifica la prolongación o la sucesión de contratos temporales durante un periodo largo de tiempo a los efectos de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco.

Primeramente, como se ha explicado en el apartado 2.a), iii); el TJUE considera que los motivos presupuestarios no son una causa objetiva en el sentido de la referida Cláusula 5, por lo que no es admisible que los EEMM se amparen en ellos sin contemplar otras medidas para paliar el problema del abuso en la temporalidad. Por el contrario, nuestro TS entendía que la prolongación de los contratos de interinidad sí estaba justificada, por lo que no se reconocía esta situación como abusiva y, por tanto, no se desplegaban las consecuencias propias de todo abuso en la contratación: reconocimiento de la cualidad de INF e indemnización por cese.

Pues bien, el Tribunal de Luxemburgo entiende que la celebración de un contrato temporal para atender necesidades de personal de duración limitada está justificada, pero no aprecia que se dé tal justificación objetiva cuando se prolonga este contrato de modo que parece querer atender a necesidades estructurales, no bastando con alegar la existencia de restricciones presupuestarias. Así pues, el TJUE resuelve en el sentido de que **la interpretación efectuada por el TS hasta el momento convierte al plazo contenido en el art. 70 del EBEP** que, en principio, serviría para evitar el abuso y la prolongación injustificada de contrataciones temporales, **en incierto e inútil a los efectos de prevenir dicha contratación abusiva:** *“la normativa nacional controvertida en el litigio principal, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, no parece comportar, sin perjuicio de las comprobaciones que incumbe efectuar al órgano jurisdiccional remitente, medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco”*.

Asimismo, **la no consideración por parte de la jurisprudencia del TS como abusiva de las relaciones temporales de interinidad prolongadas por un largo periodo de tiempo**, con la consecuencia de que estas ni son recalificadas como indefinidas ni fijas, ni los trabajadores cesados reciben indemnización alguna, **es contraria a los objetivos de la Directiva 1999/70**.

Además, a propósito de la indemnización, el TJUE recuerda que **una medida nacional que simplemente concediese tal indemnización a los trabajadores temporales en el momento de finalización del contrato, con independencia de que hubiera o no abuso en la contratación temporal, no resulta por sí misma adecuada para sancionar y prevenir dicho abuso**, debiendo contar, por tanto, la normativa interna con otras medidas de suficiente entidad como para cumplir con la finalidad disuasoria que prescribe la Directiva.

5.3.2. Rectificación de doctrina: STS (Sala IV) núm. 649/2021, de 28 junio.

Tras esta Sentencia, nuestro Alto Tribunal se vio obligado a rectificar su doctrina a la hora de aplicar el límite temporal previsto en el art. 70 EBEP, de modo que (i) un único contrato de interinidad cuya duración excediese de ese plazo debe ser considerado abusivo con

independencia de los motivos presupuestarios que puedan existir y (ii) la consecuencia de la superación del plazo es la de conversión de la relación laboral en INF.

Así, en la **STS (Sala IV) núm. 649/2021, de 28 junio**, se establece que procede la conversión en contrato por tiempo indefinido cuando el trabajador ocupa, **mediante uno o varios contratos**, el **mismo puesto de modo ininterrumpido** durante varios años, desempeñando las mismas funciones, **por haber incumplido el empleador su obligación legal de organizar un proceso selectivo**, siendo de aplicación, con carácter general, **el plazo de 3 años por ser el límite legal de determinados contratos temporales y ser el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público**. Si bien es posible que con anterioridad pueda apreciarse el carácter fraudulento del contrato y asimismo que, por causas extraordinarias que deberá acreditar la empleadora, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor, y sin que la paralización de las ofertas públicas de empleo por las leyes presupuestarias justifique la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

En definitiva, a partir de 2021, un contrato de interinidad que se extienda más allá del plazo de 3 años contemplado en el art. 70 EBEP, por incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de organizar un proceso selectivo, debe ser declarado abusivo y conlleva el reconocimiento de la condición de INF, con lo cual, el posterior cese por cobertura definitiva de la plaza no se reputará ajustado a Derecho y se deberá reconocer una indemnización de 20 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades.

5.4. Conversión en contrato indefinido como consecuencia del fraude de Ley.

La **STS núm. 453/2022, de 18 mayo**, rectifica la anterior doctrina del TS y viene a declarar el carácter indefinido de una relación laboral que se hubiera concertado mediante sucesivos contratos temporales en fraude ley, entendiendo por tal aquellos previstos en el artículo 15 ET que no respondan a las causas que motivan y justifican cada modalidad.

En el caso enjuiciado, se impugnaba el fin contrato de una trabajadora de Correos y Telégrafos que había venido prestando sus servicios para la entidad por medio de 22 contratos sucesivos de duración determinada. Se plantea si la concatenación de un número tan elevado de contratos, que supuestamente responden a necesidades eventuales de

plantilla, constituye fraude de ley, por lo que su cese debiera merecer la calificación de despido nulo (nulidad objetiva al estar la trabajadora embarazada, *ex art. 55.5, b) ET*).

Así pues, la Sala entiende que, si bien en el ámbito de la Administración Pública, que precisa del seguimiento de procedimientos reglados de creación de plazas, la insuficiencia de plantilla puede justificar la suscripción de contratos eventuales por circunstancias de la producción para cubrir absentismo y de interinidad para sustituciones, ello sólo es lícito cuando concurren circunstancias no previsibles, no así cuando se celebran para atender necesidades estructurales de la empresa.

En consecuencia, probado el carácter fraudulento de los contratos de duración determinada, la relación laboral ha de ser convertida en indefinida, con la consecuencia de que el cese impugnado en el supuesto de autos constituye un despido nulo por encontrarse la trabajadora en estado de gestación al momento del despido.

La particularidad que reviste esta sentencia se encuentra en los efectos de la declaración de nulidad, en tanto que **se ordena la readmisión de la trabajadora como indefinida no fija**, no como fija. Es decir, el propio tribunal reconoce que los contratos temporales celebrados entre las partes habían sido concertados en fraude de ley, anudando a este hecho la conversión en indefinida de la relación laboral, como salvaguarda del efecto de la Directiva 1999/70, pero se readmite a la trabajadora en condición de indefinida **no fija**, cuando esta modalidad sigue siendo temporal. En mi modesta opinión, me parece una respuesta contradictoria, pues el Tribunal convierte la contratación en indefinida como consecuencia lógica del fraude de ley y acto seguido procede a ordenar la readmisión bajo una modalidad de contratación igualmente temporal. Además, esta respuesta conlleva un nuevo interrogante, pues si la trabajadora había encadenado hasta 22 contratos temporales con diferentes causas, siendo el último de ellos por circunstancias de la producción ¿bajo qué modalidad contractual debe reincorporarse una vez que se ha reputado como falsa la causa de circunstancias de la producción y todas las demás aducidas en contratos anteriores?

Siguiendo la nueva doctrina de esta sentencia, otras posteriores¹⁷, también en Correos y Telégrafos, han venido a reconocer el carácter indefinido de contratos temporales

¹⁷ SSTs (Sala IV) núm. 525/2023, de 18 julio; núm. 171/2023, de 7 marzo; núm. 460/2022, de 19 mayo; núm. 465/2022, de 20 mayo.

suscritos en fraude de ley de trabajadores que habían sido cesados mediante fin contratos. La diferencia estriba en que estos trabajadores no se encontraban protegidos por una situación objetiva de protección del art. 55. 5 ET, por lo que sus despidos se declaran improcedentes, con la consiguiente indemnización de 33 días de salario por año trabajado con límite de 24 mensualidades. Como no deben ser readmitidos, no se plantea la problemática que sí se da en el caso anterior, pero entiendo que debe interpretarse en el sentido de que la consecuencia del fraude de ley es la conversión en indefinida de la relación laboral, puesto que la Sala recurre a la misma doctrina que se aplica en el sector privado.

5.5. Valoración crítica.

De todo lo analizado en los apartados anteriores se desprende claramente que la jurisprudencia de lo Social relativa a las posibles soluciones a aplicar en situaciones de abuso en la temporalidad ha experimentado una gran evolución a lo largo del tiempo, adaptándose a las directrices proporcionadas por el TJUE. Con mayor o menor acierto, la Sala de lo Social del TS sí que ha captado el mensaje del TJUE en punto a la necesidad de prever medidas que sean verdaderamente disuasorias y sancionadoras del abuso en la temporalidad, de modo que si la normativa interna falla en su previsión, esta carencia debe solventarse por la vía de la interpretación conforme.

No obstante, me surgen de dudas sobre la figura del INF como una medida adecuada para sancionar y corregir los efectos del abuso de la temporalidad, pues no deja de ser otra categoría de contrato temporal, como el propio Tribunal de Luxemburgo ha declarado en varias ocasiones.

Entiendo que la declaración de fijeza entra en clara colisión con los principios de mérito y capacidad que deben regir en el empleo público, también para el personal laboral. Sin embargo, la verdadera consecuencia que tiene el ser declarado como “indefinido no fijo” es el hecho de saber que cuando llegue el momento del cese, que inexorablemente llegará, se puede percibir una indemnización de 20 días de salario por año trabajado.

Si bien ello comporta una compensación por el abuso sufrido, lo cierto es que no corrige el verdadero problema que entraña dicho abuso, como es la incertidumbre y la inestabilidad que acompañan a los contratos de duración determinada que debieran ser verdaderamente indefinidos por responder a necesidades estructurales, ya sean contratos

por circunstancias de la producción fraudulentos, ya sean contratos de interinidad para cobertura de vacantes cuando estas vacantes quedan sin cubrirse reglamentariamente durante años. Así, la solución del TS pone el foco **en el fin de la relación laboral**, otorgando al trabajador una forma de resarcimiento, con lo que no se soluciona el abuso **a lo largo de la relación laboral**, por cuanto, aún bajo la nomenclatura de INF, los trabajadores siguen siendo temporales. Es más, en su STJUE *IMIDRA*, el propio Tribunal de la UE ya apuntaba que la indemnización resarcitoria es una medida adecuada para corregir los efectos del abuso en la contratación, pero que no puede ser la única, porque ello no resultaría suficientemente disuasorio.

Teniendo en cuenta los principios de mérito y capacidad, me parece que estos no quedarían comprometidos cuando la cuestión del abuso en la temporalidad se judicializa por impugnación del cese. Así, podría aplicarse la misma doctrina que rige en el caso del sector privado: en caso de fraude a la contratación temporal, la relación laboral se reputará como indefinida y, si se ha producido una extinción contractual por expiración del plazo convenido, por reingreso del trabajador sustituido o por cobertura definitiva de la plaza, esta se entenderá constitutiva de un despido improcedente. El cambio con respecto a la doctrina del TS se da en cuanto a la cantidad de la indemnización que se debe abonar al trabajador, pues se viene reconociendo hasta ahora el derecho a percibir una indemnización equivalente a 20 días de salario por año trabajado con un límite de 12 mensualidades, mientras que la improcedencia equivaldría a 33 días de salario por año de trabajo con un tope de 24 mensualidades. De hecho, esto es lo que se resuelve en las sentencias de los casos Correos y Telégrafos antes explicadas, si bien no encuentro la justificación de que, en caso de que la calificación jurídica del despido sea la nulidad y, por tanto, la persona despedida deba ser readmitida, esta readmisión se haga en la modalidad de INF, dado que esta es una modalidad temporal.

Sin embargo, continuando con el tema de la indemnización por cese, ya en su STJUE *Sánchez Ruíz*, el Tribunal de Luxemburgo señalaba que la indemnización abonada había de ser proporcionada al perjuicio causado, debiendo, por tanto, estar a cada caso en concreto para su determinación, y revestir suficiente entidad como para que resulte una sanción eficaz y cumpla una función disuasoria. Sobre este extremo, cabe preguntarse si, por consiguiente, la indemnización equivalente a la improcedencia del despido cumple con las exigencias del TJUE o, por el contrario, habría de emplearse otro baremo. Precisamente, como ejemplo de criterio alternativo, se pronuncia la **STSJ de Madrid**

núm. 944/2023, de 27 octubre, reconociendo una indemnización de 10.000€ con arreglo a la LISOS, a una trabajadora contratada temporalmente desde el año 2006. El Tribunal desecha la cuantía de despido improcedente como criterio orientativo y opta en su lugar por acudir a la **triple dimensión “sancionadora”, reparadora y disuasoria** de la indemnización, aplicando el monto de la sanción pecuniaria fijada en el art. 40.1.c) bis de la LISOS¹⁸.

A pesar de lo anterior, es cierto que los principios de mérito y capacidad se ponen en jaque cuando lo solicitado ante los tribunales es el reconocimiento de fijeza estando vigente la relación laboral, puesto que supone adquirir una plaza fija en la Administración sin haber superado el preceptivo proceso selectivo. De este modo, considero adecuada la doctrina del Tribunal que entiende salvaguardados estos principios cuando el trabajador ha superado previamente un proceso selectivo destinado a la cobertura de plazas fijas. No obstante, esta doctrina debiera ser extrapolable también a los procesos selectivos superados cuando lo hayan sido para puestos de naturaleza temporal, si es que el trabajador ha estado encadenando **sucesivos contratos temporales**, para realizar las **mismas funciones** de manera ininterrumpida y se puede probar que las necesidades que se pretende atender con estos contratos son **en realidad estructurales**. Ello en el bien entendido de que, con la superación del proceso selectivo, el trabajador ha demostrado tener la capacidad necesaria para realizar estas funciones y sería una sanción suficiente a la Administración por el fraude en la contratación.

¹⁸ Art. 40,c bis) “Las infracciones graves señaladas en los artículos 7.2, 7.14, 18.2.c), 19.2.b), 19.2.e), 19 bis.1.b), 19 ter.2.b) y 19 ter.2.e) se sancionarán con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 1.000 a 2.000 euros; en su grado medio, de 2.001 a 5.000 euros y, en su grado máximo, de 5.001 a 10.000 euros” en relación con el art. 7.2: “La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva. A estos efectos se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas”.

6. Conclusiones.

6.1. De la posibilidad de reconocimiento de fijeza de los funcionarios interinos.

- I. La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo rechaza totalmente la posibilidad de declarar la fijeza en el caso de funcionarios interinos que hubiesen encadenado uno o varios nombramientos temporales fraudulentos.
- II. Se rechaza igualmente la figura de los “indefinidos no fijos”, pues el TS no considera que la doctrina Social pueda ser aplicable en esta jurisdicción.
- III. A pesar de lo anterior, sí se reconocen como abusivas las situaciones en las que la interinidad se prolonga durante un periodo inusualmente largo de tiempo, no siendo necesario que se produzcan varios nombramientos, sino que bastaría con un único nombramiento cuya duración fuese excesiva dada la naturaleza temporal de la condición de interino, cuando el motivo de la prolongación sea el incumplimiento por parte de la Administración de su deber de proveer definitivamente la plaza.
- IV. El TS también niega la posibilidad de reconocer de forma automática una indemnización a los interinos cesados por cobertura definitiva de su plaza, aun cuando se entienda que han sido víctimas de un abuso en la temporalidad. Para obtener un resarcimiento económico, los interinos deberían recurrir a la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En síntesis, desde el año 2018 la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo ha optado por huir de la figura del INF, reconociendo el derecho al mantenimiento en el empleo hasta llegado el momento del cese por cobertura definitiva de la plaza, entendiendo que dicho cese es ajustado a Derecho y sin que proceda el reconocimiento de una indemnización automática al momento de finalización del nombramiento. Todo lo anterior, desoyendo las directrices del Tribunal de Justicia de la Unión en cuanto a la necesidad de que los EEMM adopten medidas que aborden el abuso en la temporalidad también para el personal de Derecho Administrativo y compeliendo a los tribunales domésticos a que, de entender que esas medidas no existen o no son suficientes, aborden la resolución de los litigios realizando una interpretación conforme, para garantizar que se da cumplimiento a los objetivos de la Directiva 1999/70/CE.

Sin embargo, a pesar de lo tajante del criterio del Alto Tribunal, lo cierto es que este panorama podría verse cambiado, nuevamente, a golpe de sentencia del TJUE, puesto que

existen varias cuestiones prejudiciales pendientes de resolución. Una de ellas, la planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N°17 de Barcelona¹⁹, que podría abrir la puerta a la inaplicación de la normativa nacional e interpretación jurisprudencial que impide la adquisición de fijeza. El Juzgado pregunta:

“¿En consecuencia, debe procederse a la conversión de la relación temporal de carácter abusivo en una relación fija, idéntica o equiparable a la de los funcionarios fijos comparables, dotando de estabilidad en el empleo a la víctima del abuso, para evitar que este abuso quede sin sanción y que se socaven los objetivos y el efecto útil de dicha Clausula 5 del Acuerdo, aunque esa transformación esté prohibida por la Normativa interna, doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o pudiera ser contraria a la Constitución española?”

6.2. De la posibilidad de reconocimiento de fijeza del personal laboral.

- I. Tan solo cabe el reconocimiento de fijeza en el caso de trabajadores que hayan superado un proceso selectivo para plazas fijas, pero no hayan obtenido plaza, cuando como consecuencia de la superación hayan sido integrados en bolsas de empleo y se encuentren contratados temporalmente de forma fraudulenta.
- II. Para el caso de trabajadores que hayan superado un proceso selectivo para puestos temporales, apreciado el carácter abusivo o fraudulento de la contratación temporal, bien por una sucesión injustificada de contratos o bien por ser estos fraudulentos al no responder a motivos temporales sino estructurales, la consecuencia es el reconocimiento de la condición de “indefinidos no fijos”.
- III. No cabe aducir restricciones presupuestarias como causa objetiva para justificar la concatenación de contratos de duración determinada, dando a entender que estos responden en realidad a necesidades estructurales.
- IV. El incumplimiento por parte de la Administración del deber de convocatoria de ofertas públicas de empleo en el plazo de tres años previsto en el art. 70 EBEP tiene como consecuencia para un trabajador cuyo contrato se haya prolongado más allá de dicho plazo el reconocimiento de la condición de “indefinido no fijo” y esto aunque medie un único contrato.

¹⁹ AJCA de Barcelona N°17 núm. 95/2022, de 6 de mayo.

- V. La utilización de contratos temporales para atender a necesidades estructurales constituye un fraude de ley y debe recurrirse a la contratación indefinida. No obstante, una trabajadora despedida en esta situación cuyo despido fue declarado nulo debe ser readmitida como “indefinida no fija”, de forma paradójica.

En definitiva, la interpretación jurisprudencial sobre las consecuencias de la sucesión abusiva de contratos temporales ha culminado con el reconocimiento de la fijeza en aquellos supuestos en los que se pueden entender respetados los principios de mérito y capacidad, reservando tal entendimiento para los casos en los que se hubiese superado un proceso selectivo destinado a la cobertura plazas fijas.

Más allá de estos casos, aun cuando se les reconoce a los trabajadores la condición de “indefinidos no fijos”, lo cierto es que no se soluciona el problema de la incertidumbre e inestabilidad en el empleo que acompañan a los contratos temporales, por cuanto los INF siguen siendo trabajadores de duración determinada, aunque es verdad que, por lo menos, se les reconoce el derecho a una indemnización llegado el momento del cese.

6.3. Breve mención a las medidas contenidas en la Ley 20/2021.

La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público contiene un paquete de medidas destinado a corregir las situaciones de temporalidad abusiva en las que se encuentra tanto el personal laboral como funcional a consecuencia de la sucesión de contratos o nombramientos temporales sin que medie justificación objetiva al respecto.

En esta Ley, se ordena la convocatoria de procesos de estabilización como respuesta a la STJUE *Sánchez Ruiz / Fernández Álvarez*, en la que el TJUE descarta la adecuación de los procesos de estabilización tal y como se habían venido configurando en tanto que medida efectiva para corregir las situaciones de fraude en la temporalidad, por estar abiertos a cualquier persona y tener un resultado incierto.

De este modo, se plantea la celebración de procesos de estabilización consistentes en un concurso oposición para interinos que ocuparon su plaza con, al menos, tres años de antigüedad a fecha de 31 de diciembre de 2020, que deberán ser celebrados antes del 31 de diciembre de 2024. Resulta importante tener en cuenta que en estos procesos selectivos los méritos podrán representar hasta un 40 % de la puntuación.

Para el caso del personal laboral, si no se supera el proceso de selección, la consecuencia es el cese en su plaza con una indemnización equivalente a la diferencia entre la que le corresponde a un interino funcionarial, 20 días de salario por año trabajado, y la que correspondería a un despido improcedente.

En cuanto al personal funcionarial, se les reconoce también una indemnización a aquellos que no superasen el proceso, de 20 días por año trabajado.

Se plantea, por otro lado, la convocatoria de un concurso de méritos para las plazas ocupadas de forma temporal e ininterrumpida antes del 1 de enero de 2016, sin que se contemplen las consecuencias para aquellos aspirantes que no superen el concurso.

Cabe destacar que, si bien esta concepción de los procesos de estabilización parece dar respuesta al mandato de la STJUE *Sánchez Ruiz*, en ningún momento se plantea como solución la declaración de fijeza, cuando en esta sentencia se parte de la base de que los propios tribunales remitentes no consideran que la figura de INF sea adecuada para corregir y sancionar el abuso en la temporalidad, más aún cuando el propio TJUE reconoce el carácter temporal de ese tipo de trabajadores, cuestionando la eficacia de esta conversión como sanción al fraude en la contratación.

En añadidura y como conclusión final, lo cierto es que con esta Ley se puede corregir la situación en la que se encontraban aquellos funcionarios interinos y personal laboral que consigan superar el proceso de estabilización. No obstante, a aquellos otros que hubieran sido igualmente víctimas de abuso en la temporalidad, con la inestabilidad que ello supone, únicamente les corresponde un resarcimiento económico que, como ya he apuntado anteriormente, pretende solucionar el problema del abuso al momento de la extinción de la relación laboral o estatutaria, sin corregir los efectos de ese mismo abuso cuando la relación se encuentra vigente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCANTARILLA HIDALGO, F. J. (2019). Crónica de los pronunciamientos relevantes dictados por el Tribunal Constitucional y por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en materia de Administración Local entre el 1 de octubre de 2018 y el 1 de febrero de 2019. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, (7), 96-107.
- ATXUKARRO ARRUABARRENA, I. (2022). ¿Cuál es la respuesta de la jurisdicción contencioso-administrativa a las demandas de funcionarios interinos reclamando su fijeza? *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, (6), 121-123.
- DE CASTRO MARÍN, E. (2023). La cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE: recepción de la jurisprudencia europea en la interna, primacía del Derecho de la Unión y tutela judicial efectiva. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (100), 5.
- DE HEREDIA RUIZ, I. B. (2020). Personal interino del sector público y nombramientos abusivos a la luz del asunto «Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez». *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria= Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, (18), 8-37.
- DE HEREDIA RUIZ, I. B. (2021, MAYO 22). El TSJ/C-A C. Valenciana revoca la SJC-A Alicante que declaró a interino como “empleado público fijo no funcionario de carrera”. UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES. <https://ignasibeltran.com/2021/05/20/el-tsjc-a-c-valenciana-revoca-la-sjc-a-alicante-que-declaro-a-interino-como-empleado-publico-fijo-no-funcionario-de-carrera-y-el-tsjc-a-pais-vasco-rechaza-el-reconocimiento-de-fijeza/>
- DE HEREDIA RUIZ, I. B. (2021). Abuso en la temporalidad, el requisito de la sucesión de nombramientos y las prórrogas automáticas (A propósito de la STJUE 11 de febrero 2021, C-760/18, Agios Nikolaos). UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES. <https://ignasibeltran.com/2021/02/11/abuso-en-la-temporalidad-el-requisito-de-la-sucesion-de-nombramientos-y-las-prorrogas-automaticas-a-proposito-de-la-stjue-11-de-febrero-2021-c-760-18-agios-nikolaos/>
- DE HEREDIA RUIZ, I. B. (2021). Las medidas para reducir el empleo público temporal a la luz del asunto IMIDRA y del RD-ley 14/2021. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (159), 53-84.

- DE HEREDIA RUIZ, I. B. (2021). Personal laboral interino e indemnizaciones: ¿El RD Ley 14/2021 da respuesta al mandato de la Directiva 1999/70 y la interpretación del TJUE? UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES. <https://ignasibeltran.com/2021/09/23/personal-laboral-interino-e-indemnizaciones-el-rdley-14-2021-da-respuesta-al-mandato-de-la-directiva-1999-70-y-la-interpretacion-del-tjue/>
- DE HEREDIA RUIZ, I. B. (2021). STSJ/Madrid 21/7/21 (obiter dicta). UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES. <https://ignasibeltran.com/2021/11/05/stjsj-social-madrid-21-7-21-obiter-dicta-la-respuesta-a-la-interinidad-abusiva-es-la-fijeza/>
- DE HEREDIA RUIZ, I. B. (2022). El empleo laboral temporal en el sector público a la luz de la DA 17ª EBEP (y del RD Ley 32/2021). UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES. <https://ignasibeltran.com/2022/02/06/el-empleo-laboral-temporal-en-el-sector-publico-a-la-luz-de-la-da-17a-ebep-y-del-rdley-32-2021/>
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022). *Sistema de derecho administrativo I* (6a, Ser. Sistemas de derecho y economía). Civitas Thomson Reuters.
- FUENTETAJA PASTOR, J. (2020) La utilización abusiva de los funcionarios europeos ante el Derecho Europeo: entre la transformación en funcionarios de carrera y el derecho a indemnización, *RAP* (212), 201 ss.
- MONEREO PÉREZ, J. L., & GUINDO MORALES, S. (2022). La conversión en indefinido no fijo del personal interino por vacante en el sector público por fraude y uso abusivo tras la dilación injustificada a la hora de proveer la plaza: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Séptima, de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19: Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario. *La Ley Unión Europea*, (101), 7.
- PÉREZ GUERRERO, M. L. (2022). Derecho administrativo del trabajo. los trabajadores indefinidos no fijos son trabajadores temporales desde la perspectiva de la directiva 1999/70/ce sobre trabajo de duración determinada: auto del tribunal de justicia de la unión europea (sala sexta) de 26 de abril de 2022, *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo Y Bienestar Social*, 251-264. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=8791481>.

- ROJO TORRECILLA, E.: «Sobre la extinción de un contrato de interinidad en el sector público. El TJUE mantiene la línea crítica hacia la normativa española en caso de su uso abusivo. (examen de la sentencia de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, caso IMIDRA, y recordatorio del litigio que dio lugar al auto del TSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2019)». EL NUEVO Y CAMBIANTE MUNDO DEL TRABAJO. UNA MIRADA ABIERTA Y CRÍTICA A LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2021/06/sobre-la-extincion-de-un-contrato-de.html>.
- RTVE.es. (2022, 9 mayo). La temporalidad en el empleo público alcanza su máximo histórico. *RTVE.es*. <https://www.rtve.es/noticias/20220509/temporalidad-empleo-publico-sub/2347037.shtml#:~:text=La%20tasa%20de%20temporalidad%20en,1%25%20en%20el%20mismo%20periodo>
- SALA FRANCO, T. (2021). La temporalidad en el empleo público. *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, (1), 49-62.
- SUÁREZ CORUJO, B. (2017) El fraude en el trabajo de duración determinada en las Administraciones Públicas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista Española de Derecho Europeo*, (61), 153 ss.
- TERRADILLOS ORMAECHEA, M. E. (2022). Estudio de las medidas sancionadoras y reparadoras del abuso en la contratación temporal en el empleo público contempladas en la Ley 20/2021 y en el Real Decreto-Ley 32/2021, con especial referencia a la figura del personal indefinido no fijo. *Lan harremanak; Revista de relaciones laborales*, (47), 98-140.
- VILLALOBOS SÁNCHEZ, E. (2023). Fraude de ley en las relaciones laborales de las administraciones públicas y régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo: lagunas en el Principio de estabilidad en el empleo Granada [Tesis de Doctorado, Universidad de Granada]. Repositorio institucional de la Universidad de Granada <https://hdl.handle.net/10481/81418>