

EL INDEFINIDO NO FIJO Y LA DIRECTIVA 1999/70: NUEVA OPORTUNIDAD DE CLARIFICACIÓN PARA EL TJUE SERVIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

[NON PERMANENT EMPLOYEES OF INDEFINITE DURATION AND DIRECTIVE 1999/70: NEW OPPORTUNITY FOR THE CJEU TO CLARIFY SERVED BY THE SUPREME COURT]

Francisco J. Gómez Abelleira

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2024

Fecha de aceptación: 17 de septiembre de 2024

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CUESTIÓN PRINCIPAL: ¿NEGAR EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE TRABAJADORES FIJOS A LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS CONTRAVIENE LA CLÁUSULA 5 DEL ACUERDO MARCO?.- III. LA CUESTIÓN SUBSIDIARIA: ¿SE DEBE APLICAR LA INDEMNIZACIÓN DEL DESPIDO IMPROCEDENTE A LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN INDEFINIDA NO FIJA?.- IV. LA CONVOCATORIA DE PROCESOS SELECTIVOS PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO TEMPORAL.- V. LA ÚNICA MEDIDA EFECTIVA Y DISUASORIA PARA LA PREVENCIÓN DEL ABUSO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. THE MAIN ISSUE: DOES DENYING RECOGNITION OF THE STATUS OF PERMANENT EMPLOYEES TO NON PERMANENT EMPLOYEES OF INDEFINITE DURATION CONTRAVENE CLAUSE 5 OF THE FRAMEWORK AGREEMENT?.- III. THE SUBSIDIARY ISSUE: SHOULD THE COMPENSATION FOR WRONGFUL DISMISSAL BE APPLIED TO THE TERMINATION OF THE NON PERMANENT INDEFINITE RELATIONSHIP.- IV. THE CALL FOR SELECTIVE PROCESSES FOR THE CONSOLIDATION OF TEMPORARY EMPLOYMENT.- V. THE ONLY EFFECTIVE AND

*DISSUASIVE MEASURE TO PREVENT THE ABUSE OF
TEMPORARY HIRING IN THE PUBLIC ADMINISTRATIONS.*

Resumen: La sentencia del TJUE de 22 febrero 2024 (C-59/22) permite interpretaciones contradictorias en un tema clave (la posible conversión en fijo del trabajador con contrato temporal irregular). Esto ha provocado que el TS haya planteado una nueva cuestión prejudicial a fin de que el TJUE clarifique su posición sobre el indefinido no fijo y su relación con la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70). El TS sale al rescate de la figura del indefinido no fijo.

***Abstract:** The judgment of the CJEU of 22 February 2024 (C-59/22) allows for contradictory interpretations on a key issue (the possible conversion to permanent status of workers with irregular temporary contracts). This has prompted the Supreme Court to ask the CJEU to clarify its position on the non permanent indefinite-term contract and its relationship with clause 4 of the Framework Agreement on fixed-term work (Directive 1999/70). The Supreme Court comes to the rescue of the figure of the non permanent employee of indefinite duration.*

Palabras clave: contratación temporal irregular, Empleo público, Indefinido no fijo

***Keywords:** Irregular temporary contracts, Non permanent employee of indefinite duration, Public employment*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

A estas alturas, es una certeza que la historia de los indefinidos no fijos es la historia de un escándalo. Lo escandaloso no es la figura jurídica en sí, o su “invención” por el Tribunal Supremo (en adelante, TS) ni siquiera su “camaleónico” viaje jurídico a través del tiempo¹, sino la realidad a la que da respuesta. Hay que reconocer, sin embargo, que, como advirtió Mercader, la figura estaba “llamada a no tardar a plantear importantes problemas interpretativos”².

El escándalo no es pequeño, de orden meramente administrativo; es de dimensión constitucional, y lo es en varios sentidos. En primer lugar, las administraciones públicas españolas incumplen frontalmente, una y otra vez, el mandato constitucional de que el acceso al empleo público se produzca con respeto a los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE). Se trata de un incumplimiento racional, que demuestra que ninguna de las medidas hasta la fecha, incluyendo la propia figura del indefinido no fijo, tiene verdadero efecto disuasorio; al contrario, la conversión en indefinido no fijo pierde “su capacidad de disuasión, para convertirse en un instrumento para evitar los procedimientos de acceso reglado a la administración”³. La racionalidad del incumplimiento se explica sencillamente porque “los gastos asociados a la extinción de la relación del indefinido no fijo se soportan con el patrimonio público, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de los empresarios privados”⁴.

En segundo lugar, hace décadas que padecemos un “déficit de ley”, concretado en una dejación de funciones por parte del legislativo, con el consecuente incremento de las del poder judicial, abocado a “regular jurisprudencialmente”, si tal cosa es posible, asuntos importantes y de gran complejidad⁵. Basta revisar el estudio de Aurelio Desdentado titulado “Los

¹ J.R. Mercader Uguina, “La camaleónica figura del indefinido no fijo”, *El Derecho.com* (Tribuna, 7-5-2019) <https://elderecho.com/la-camaleonica-figura-del-indefinido-no-fijo>

² J.R. Mercader Uguina, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1999), pág. 147.

³ M.C. Rodríguez-Piñero Royo, “La contratación temporal en el sector público”, *Documentación Laboral*, núm. 110 (2017), pág. 33.

⁴ A. Esteban Miguel, *El régimen jurídico aplicable al personal de las empresas públicas: entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo*, Cinca (Madrid, 2022), pág. 108.

⁵ Me he referido a esta cuestión en F.J. Gómez Abelleira, “El equilibrio entre ley y jurisprudencia en el derecho laboral: ¿un déficit de ley?”, en J.R. Mercader Uguina y A. de

indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?»⁶, para caer en la cuenta de la dificultad de la empresa jurisprudencial y el carácter “frágil”, como dice el propio autor, del “producto” jurisprudencial del indefinido no fijo. Desde luego, es “inimaginable” en un Estado racional que el EBEP no dedique “una sola línea ni a la configuración del indefinido no fijo; ni al establecimiento de su régimen jurídico ni, por descontado, a confeccionar un régimen de responsabilidades para quienes llevan a cabo actuaciones contrarias a Derecho”⁷.

Y en tercer lugar, la historia más reciente de la figura del indefinido no fijo refleja a la perfección toda la problemática inherente a la creación judicial del derecho, agravada por el difícil “diálogo” entre jurisdicción nacional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), diálogo que no es bilateral, sino multilateral, porque del lado de la jurisdicción nacional participan, en realidad, todos los órganos judiciales en sus distintos niveles. Como expresa Ana de la Puebla, “no es ni mucho menos la regla general, pero en ocasiones [...] la tutela multinivel genera efectos indeseados”⁸.

Tirando de este último hilo, algunas decisiones jurisdiccionales del TJUE generan problemas aplicativos en los Estados miembros, como resultado de dos factores principales: la separación entre ordenamiento jurídico estatal y ordenamiento jurídico europeo y la comprensión solo parcial de las claves jurídicas nacionales por el TJUE. No es este el lugar para estudiar en profundidad ambos factores. Respecto del primero, es suficiente señalar que la coordinación entre el ordenamiento comunitario y el nacional dista de ser perfecta, especialmente cuando se trata de directivas; normas que requieren una cuidadosa transposición que casi nunca es sencilla, y en cuyo desarrollo aplicativo se entrecruzan conceptos tan elásticos como el de interpretación conforme. Una norma tan aparentemente escueta como la contenida en el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración

la Puebla Pinilla (dirs.), *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales: Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2023), págs. 69-87.

⁶ A. Desdentado Bonete, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, *Revista de Información Laboral*, núm. 10/2018.

⁷ M. López Balaguer, F. Ramos Moragues, *El personal “indefinido no fijo”. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2020), pág. 28.

⁸ A. de la Puebla Pinilla, “Principio y fin de la doctrina «de Diego Porras», o de cómo, en ocasiones, «el sueño de la tutela multinivel produce monstruos»”, *Revista de Información Laboral*, núm. 7 (2018).

determinada, que se aplica mediante la Directiva 1999/70/CE, ha dado lugar a un sinfín de problemas en el ordenamiento jurídico español, problemas que son especialmente agudos y complejos en el ámbito del sector público, en el que se desenvuelve la figura del indefinido no fijo.

El segundo factor tampoco es trivial: al TJUE le cuesta, con más frecuencia de la deseable, alcanzar una comprensión cabal de todas las claves jurídicas nacionales en torno a un tema determinado. Hay temas en los que no es fácil plantear una cuestión prejudicial y ofrecer en el auto de planteamiento un informe exacto del tema que conduzca a una pregunta o a una serie de preguntas perfectamente definidas e inequívocas. En el auto de la Sala de lo Social del TS que se va a comentar aquí, el pleno de la Sala expresa su desacuerdo con el órgano judicial remitente de la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TJUE de 22 febrero 2024 (C-59/22), diciendo literalmente no compartir el criterio de dicho órgano “según el cual, el Derecho español no prevé, para la categoría de contratos indefinidos no fijos, ninguna medida destinada a evitar la utilización abusiva de esos contratos” (apartado 71), y, en la misma línea, Casas Baamonde afirma que dicha resolución no está “siempre bien informada por el órgano judicial cuestionante”⁹. En suma, es evidente que si se alteran las premisas, variará la conclusión: si el informe que llega al TJUE sobre el derecho nacional no es exacto, la solución será provisional, controvertida y, lo que es peor, generadora de inseguridad jurídica.

La citada sentencia del TJUE de 22 febrero 2024 es, precisamente, el paradigma de una solución provisional, controvertida e insegura, hasta el punto de que la Sala de lo Social del TS se haya visto en la necesidad inmediata y apremiante de plantear una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE. La prueba empírica de lo dicho es la disparidad de soluciones que, con apoyo en esta sentencia europea, los tribunales españoles están adoptando en los casos sobre indefinidos no fijos, y no por irracionalidad o falta de comprensión del texto, sino precisamente porque la fundamentación de la sentencia propicia lecturas opuestas: la de quienes se consideran directamente habilitados por la sentencia para convertir a los indefinidos no fijos en fijos¹⁰, y la de quienes consideran todavía que no cabe una

⁹ M.E. Casas Baamonde, “Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2/2024, pág. 21 (del PDF).

¹⁰ Por ejemplo, STSJ País Vasco 22 abril 2024 (rec. 229/2024), en la que se lee: “los principios de acceso a la Administración por la vía del art. 103 CE pueden ser obviados

interpretación conforme en contra del principio constitucional de igualdad en el acceso al empleo público, sobre la base de criterios objetivos y razonables de mérito y capacidad, y que, por tanto, el correcto cumplimiento de las exigencias derivadas de la cláusula 5 del Acuerdo Marco (prevención de los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada) deberá lograrse a través de medidas distintas a la pura y simple conversión en fijo¹¹. Lo cierto es que, como expresa el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el TJUE, en la sentencia de referencia, otorga un “enorme arbitrio” “a los jueces y tribunales para determinar y establecer las medidas sancionadoras aplicables en cada caso”¹².

Más allá de las decisiones de los órganos judiciales inferiores, la Sala de lo Social del TS admite albergar “dudas acerca del modo de aplicar los preceptos tomados en cuenta por la citada STJUE de 22 de febrero de 2024 y la respuesta que en ella se ofrece respecto de las cuestiones suscitadas” (apartado 35 del auto que seguidamente se cita). Mediante el auto de 30 de mayo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:6188A) (en adelante, el “Auto”), el pleno de la Sala plantea dos cuestiones: una principal y otra subsidiaria, para el caso de respuesta afirmativa a la principal. La principal pregunta si la doctrina jurisprudencial que niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos contraviene la cláusula 5 del citado Acuerdo Marco. Si la respuesta a esta cuestión es sí, la cuestión subsidiaria se plantea en los siguientes términos: “¿El reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral, puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?”. En las siguientes páginas nos ocupamos, por separado, de ambas cuestiones.

desde la perspectiva de las garantías de un trabajo estable y permanente y la interpretación que se realiza de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco”. El cambio de criterio se apoya directamente en la sentencia del TJUE de 22 febrero 2024.

¹¹ Por ejemplo, STSJ Madrid 10 abril 2024 (rec. 753/2021), donde se lee: “nos encontramos ante el insalvable obstáculo de que el acceso a esa situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra Constitución Española”.

¹² STSJ Madrid 10 abril 2024 (rec. 753/2021).

II. LA CUESTIÓN PRINCIPAL: ¿NEGAR EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE TRABAJADORES FIJOS A LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS CONTRAVIENE LA CLÁUSULA 5 DEL ACUERDO MARCO?

Es archiconocido que la negativa jurisprudencial a reconocer la condición de fijos a los indefinidos no fijos es una consecuencia lógica de la obligación de las entidades públicas de respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, un tema dominado por lo jurídico, más que por lo económico¹³. Dado el malentendido del TJUE al respecto, el Auto subraya que “no hay en esta materia ninguna discrepancia entre la doctrina del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional”, añadiendo que “ambos Tribunales consideran que el art. 103. 2 de la Constitución es aplicable al personal laboral de los organismos y administraciones públicas, para garantizar el cumplimiento en ese ámbito del acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad” (apartado 42)¹⁴.

Lo interesante de los argumentos que expone la Sala a continuación proviene de la conexión directa entre lo anterior y la libre circulación de trabajadores consagrada en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Inteligentemente, la Sala acerca lo que en principio se sitúa en un terreno ajeno para el TJUE (los principios constitucionales tan mencionados aquí) al terreno que le es más familiar y que tan bien entiende: el de las libertades fundamentales del derecho de la Unión. De este modo, tras recordar que esta libre circulación comprende, de acuerdo con la propia jurisprudencia del TJUE, el derecho de todo ciudadano de la Unión a acceder a un empleo público que no comporte “el ejercicio de potestades públicas que supongan la participación, directa o indirecta, en el desempeño de poder público asociado a los intereses generales del Estado” (apartado 46), y tras precisar que, en el caso concreto que nos ocupa, “el puesto de

¹³ Sobre el predominio de lo jurídico en el acceso al empleo público, J.B Vivero Serrano, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2009), pág. 38.

¹⁴ Señalan Roqueta Buj y Alfonso Mellado que “la selección del personal laboral por los poderes públicos ha de responder a los principios de igualdad, mérito y capacidad en los mismos términos que la selección de los funcionarios públicos. Y, de ahí, que la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad en el acceso a la función pública sea extensible al acceso del personal laboral, tal y como operan de manera habitual el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y ello sin perjuicio de las oportunas matizaciones” (R. Roqueta Buj, C.L. Alfonso Mellado, *El acceso al empleo público*, Bomarzo [Albacete, 2022], pág. 13).

trabajo de la demandante es el de cuidadora de niños en centros educativos” (ibid.), la Sala remacha afirmando que “el acceso al empleo público no solo debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad que garantiza la Constitución española, sino también el de la libre circulación de trabajadores conforme a las normas que regulan el Derecho de la Unión Europea” (apartado 48). La conclusión es evidente: “el cumplimiento de las normas españolas, así como las de la Unión Europea, cuando el puesto de trabajo no está excluido de la libre circulación de trabajadores, requiere que el acceso a un empleo público de carácter fijo solo sea posible si previamente se ha ofrecido en convocatoria abierta para que puedan optar al mismo los ciudadanos de la Unión Europea que así lo deseen y reúnan los requisitos al efecto” (ibidem).

El TS ofrece, así, al TJUE un recurso argumentativo especialmente atractivo, al subrayar que la norma interna (constitucional) en aparente colisión con la Directiva 1999/70 (cláusula 5 del Acuerdo Marco) protege, en realidad, el mismo bien jurídico que la libre circulación de trabajadores en su vertiente de acceso al empleo público: se trata de garantizar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos, no solo los nacionales españoles, también los de cualquier otro Estado de la Unión. Dicho de otro modo, la irregularidad en el acceso que está en el origen de la figura del indefinido no fijo supone un menoscabo de la libre circulación de trabajadores en esa vertiente de acceso al empleo público.

Tras poner de relieve cuál es la colisión jurídica de la que aquí se trata, y que en ella está en juego algo tan básico para el derecho de la Unión como es la libre circulación de trabajadores, la Sala de lo Social se enfrenta a la tarea de “conciliar” los dos polos colisionantes. Todo el régimen jurídico del indefinido no fijo está traspasado por el conflicto entre el interés de protección laboral y el interés de protección de la igualdad en el acceso al empleo público. La solución al conflicto no puede consistir en una pura y simple anulación de un interés y promoción del otro, sino que deberá lograr un equilibrio entre ambos.

En este punto, el mensaje importante que la Sala trata de trasladar al TJUE es que la figura del indefinido no fijo es, en sí misma, “una respuesta a los abusos de temporalidad en el sector público”. Más concretamente, razona el TS, la conversión del contrato temporal en indefinido no fijo “impide la resolución del contrato de duración determinada, y despliega el efecto jurídico de mantener la vigencia del vínculo contractual hasta la definitiva cobertura de la plaza por el

procedimiento reglamentario legalmente correspondiente” (apartado 51). Esta extinción conllevará “el pago de una indemnización de 20 días por año de servicio, a la que no tendría sin embargo derecho en el caso de que los contratos de duración determinada fuesen legítimos y no abusivos” (ibidem).

Al calificar al indefinido no fijo como una respuesta o sanción frente al abuso de la temporalidad, se debe sortear una dificultad técnica que, en buena medida, es nominal. A los efectos de la Directiva 1999/70, una relación laboral solo puede ser temporal o indefinida, y para el TJUE la relación laboral del indefinido no fijo encaja en el primer grupo, no en el segundo. Acertadamente, el TS no va a discutir esta conclusión. Entre otras razones, porque no es necesario. Y así, la Sala admite que “el trabajador indefinido no fijo es un trabajador con contrato de duración determinada, al existir desde su origen una causa extintiva predeterminada de la relación laboral cuya duración está condicionada a la cobertura de la plaza” (apartado 60).

La relación laboral del indefinido no fijo puede perfectamente calificarse como temporal a los efectos de la Directiva 1999/70, pero ello no debe llevar a perder de vista que esa singular relación es ya la respuesta jurídica a un abuso de la contratación temporal. El TS se cuida de aclarar que “una vez que la relación laboral ha pasado a ser indefinida no fija, es cuando se genera el derecho a percibir la indemnización de veinte días por año de servicio al momento de su extinción por la cobertura de la plaza”; y que esta indemnización “solo se percibe cuando la relación laboral se ha transformado en indefinida no fija porque hay una utilización ilegítima de la contratación temporal, o cuando se produce un abuso en la duración de la contratación temporal por haberse prolongado en el tiempo durante más de tres años” (apartado 56).

A la postre, toda la discusión parece conducir a la cuestión extintiva e indemnizatoria. No en vano es aquí donde radica lo sustancialmente distintivo entre indefinido y temporal. Es en este aspecto en el que el TS no puede estar de acuerdo con lo que sostuvo el TJUE en la sentencia de 22 febrero 2024, concretamente cuando afirmó que “la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados

sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos” (párrafo 108 y apartado 4 del fallo). Esta afirmación no se cohonestaba con la legislación española, porque en ella el abono de la indemnización de veinte días no es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la contratación de duración determinada: si la contratación es legítima y no abusiva, esa indemnización solo procede si se produce una extinción ante tempus por causas objetivas, y no procede en caso de extinción por llegada del término. Esto es lo que el TS explica detalladamente en los apartados 62-75 del Auto. Se trata de una larga explicación, pero el tema lo merece, si es que se quiere que el TJUE tenga claras las premisas de las que debe partir en su enjuiciamiento. Estas premisas serían las siguientes:

1^a) No existe un contrato de trabajo indefinido no fijo. El TS lo expresa del siguiente modo: “El indefinido no fijo no es en sí mismo una clase de contrato de trabajo a la que pueda recurrir el empleador, sino la situación jurídica creada jurisprudencialmente como medida de protección para los afectados en los supuestos en los que la administración pública incurre en la utilización abusiva de contratos temporales” (apartado 63). Esta premisa es indiscutible: no es posible concertar o estipular un contrato de trabajo indefinido no fijo. Esta figura surge como reacción a un abuso en la utilización de las modalidades contractuales temporales. Es en sí misma, como se ha dicho antes, una consecuencia jurídica del abuso. Esto es importante, y el TS lo vuelve a subrayar, confrontando con el órgano remitente de la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TJUE de 22 febrero 2024, cuando señala, más adelante en el Auto, que “la calificación de la relación laboral como indefinida no fija es la consecuencia jurídica derivada de la ilegítima o abusiva utilización de contratos de duración determinada. Constituye una garantía para los trabajadores y una sanción para la administración empleadora por dicha ilícita utilización, y, a juicio de este Tribunal, puede por lo tanto considerarse como una medida legal equivalente y adecuada para evitar y sancionar los abusos en la utilización de contratos temporales por parte de la Administración pública, que cumpliría con las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo Marco” (apartado 72).

2^a) No existe derecho a una indemnización de veinte días por año de servicio por la extinción del contrato temporal legítimo a la llegada del término. Si la contratación de duración determinada es legítima y no

abusiva, conforme a la regulación legal, el trabajador no tiene derecho a dicha indemnización, sino, en su caso, a la más exigua que reconoce el artículo 49.1 c) ET. El TJUE ha considerado incluso que la ausencia total de indemnización por el término correcto de un contrato temporal legítimo no vulnera la Directiva 1999/70, y así lo recuerda el TS citando la sentencia del TJUE 5 junio 2018, C-677/16, asunto Montero Mateos (apartado 65).

3ª) La indemnización de veinte días por año de servicio se aplica porque el contrato temporal es ilícito o abusivo. De este modo, añade el TS de modo rotundo y en refutación directa a lo sostenido recientemente por el TJUE, dicha indemnización “no es en ningún caso independiente de cualquier consideración sobre el carácter legítimo o abusivo del contrato. Todo lo contrario, la indemnización de 20 días por año de servicio, únicamente procede si el contrato de duración determinada e ilegítimo o se ha incurrido en abuso en su utilización por haberse prolongado más allá del plazo de tres años” (apartado 66).

Aunque la Sala parece estar convencida de que la indemnización referida es ya una reacción suficiente para satisfacer las exigencias de la Directiva, realiza un ejercicio de prudencia al plantear una cuestión subsidiaria, para el caso de que el TJUE rechace aquella consideración. Esto lleva a la Sala a plantear la posible aplicación de la indemnización del despido improcedente. De esta cuestión subsidiaria se trata a continuación.

III. LA CUESTIÓN SUBSIDIARIA: ¿SE DEBE APLICAR LA INDEMNIZACIÓN DEL DESPIDO IMPROCEDENTE A LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN INDEFINIDA NO FIJA?

La indefinición del TJUE acerca de qué pueda considerarse una medida legal equivalente para prevenir la utilización abusiva de la contratación temporal, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, más allá de reconocer a los Estados “un margen de apreciación” (párrafo 88 de la sentencia del TJUE de 22 febrero 2024), lleva al TS a plantearle si la concesión al indefinido no fijo de la indemnización prevista en España para el despido improcedente puede ser considerada una medida legal equivalente.

Está claro que la concesión de la indemnización por despido improcedente acerca al indefinido no fijo al personal fijo. El TS dice que “se

vendría a equiparar en toda su integridad la situación jurídica de los trabajadores indefinidos no fijos a la de los trabajadores fijos” (apartado 77). Sin embargo, el artículo 96.2 EBEP indica la readmisión, no la indemnización, como el remedio adecuado para el personal laboral fijo “cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave”. Es cierto, en cualquier caso, que el TJUE ha considerado justificada la aplicación de este remedio en exclusiva a los fijos, y no a los temporales o a los indefinidos no fijos (sentencia de 25 julio 2018, C-96/17, Vernaza Ayovi), aunque con una débil fundamentación¹⁵. En cualquier caso, el debate es si la indemnización más elevada, como la del despido improcedente, constituiría una medida legal equivalente. Y es difícil defender una respuesta negativa cuando el TJUE ha admitido que existen otras medidas legales equivalentes que no llegan a transformar plenamente el contrato temporal en indefinido; o dicho con las propias palabras del TJUE: “la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros la obligación de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada” (sentencia de 22 febrero 2024, parágrafo 124).

IV. LA CONVOCATORIA DE PROCESOS SELECTIVOS PARA LA CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO TEMPORAL

Hasta aquí la fundamentación de lo que el TS eleva como cuestiones prejudiciales. Sin embargo, la tan citada sentencia del TJUE de 22 febrero 2024 tuvo ocasión de adentrarse en la cuestión de si la cláusula 5 del Acuerdo Marco se opone a una normativa que establece la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos. En realidad, la cuestión es si tales procesos constituyen una medida efectiva contra la utilización abusiva de la contratación temporal. Resulta evidente que si las convocatorias funcionaran correcta y tempestivamente, se evitaría un elevadísimo porcentaje de los abusos en la contratación de duración

¹⁵ Puede verse, al respecto, J.L. Monereo Pérez, P.G. Ortega Lozano, “La doctrina europea de la ¿no? discriminación de los empleados públicos temporales: ¿readmisión o indemnización en despido ilegal?”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9 (2018).

determinada. Más que una reacción frente al abuso concreto, se trataría de una medida de prevención o impedimento del surgimiento mismo del abuso.

El TS, sin embargo, se ve obligado a salir al paso de las consideraciones que el TJUE vierte a propósito de este asunto, aunque ello no conduzca al planteamiento de ninguna cuestión prejudicial específica. Más bien, deben leerse como sustento o reforzamiento de la fundamentación de las dos cuestiones planteadas.

La principal consideración del TJUE sobre este asunto alude a la desvinculación entre utilización abusiva de la contratación temporal y la convocatoria del proceso selectivo para el acceso al empleo fijo. Dice el tribunal europeo que “dado que la convocatoria de dichos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones laborales” (parágrafo 118 de la sentencia de 22 febrero 2024).

Para alcanzar esta conclusión, el TJUE se basa en unos fundamentos fácticos proporcionados por la Sala remitente, a saber: “en primer lugar, los procedimientos de consolidación de empleo son un intento del legislador de reducir el uso sucesivo de contrataciones temporales en las Administraciones Públicas nacionales, sin por ello renunciar a la observancia, en dichos procedimientos, de los principios de igualdad, libre concurrencia, publicidad, mérito y capacidad. En segundo lugar, los trabajadores indefinidos no fijos pueden perder su empleo si no superan las pruebas correspondientes. En tercer lugar, en caso de extinción del contrato indefinido no fijo, estos trabajadores tendrán derecho a una indemnización tasada correspondiente a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad de salario” (parágrafo 119 de la sentencia de 22 febrero 2024).

El Auto dedica sus apartados 78-90 a matizar tanto los fundamentos fácticos como la conclusión alcanzada por el TJUE. Recuerda el TS que “lo cierto es que en Derecho español se han dictado medidas legislativas específicas y expresamente dirigidas a cumplir desde esa perspectiva con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, con las que justamente se persigue que la convocatoria de tales procesos no sea en modo alguno independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada” (apartado 81). El ejemplo más sobresaliente de tales medidas legislativas es la Ley 20/2021, de 28 de

diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. De lo expuesto por el TS cabe destacar que, aunque el proceso de selección que busca la consolidación del empleo temporal se abra a candidatos que no han sido víctimas del abuso en la contratación temporal, no puede reputarse “independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de esa contratación, sino, que bien al contrario, se encuentra indisociablemente vinculad[o] a esa situación, con la finalidad de poner fin a la misma mediante la regularización de todo ese empleo público” (apartado 86). En concreto, la vinculación con el problema subyacente de abuso de la contratación temporal se manifiesta en que “la fórmula contemplada por el legislador atribuye un valor determinante para conseguir la plaza a la experiencia previa y al tiempo desempeñado por estos trabajadores en el desarrollo de esas tareas durante los periodos de su contratación temporal, que compensa adecuadamente la situación que han soportado durante esos periodos, al facilitarles en gran medida y en condiciones muy ventajosas, el acceso definitivo a la plaza como trabajadores fijos” (apartado 87).

El recorrido que el TS realiza por el tema de los procesos selectivos de regularización propicia una última reflexión sobre el equilibrio de intereses que la figura del indefinido no fijo trata de promover: el interés de la estabilidad en el empleo y el interés del igual acceso al empleo público, interés este último que el TS vincula a la libre circulación de personas en la Unión Europea. Vale la pena transcribir la reflexión literal que al respecto propone la Sala: “La consecuencia de calificar como fijo a todo el personal laboral que ostente la condición de indefinido no fijo, supone eximir a la Administración de la obligación convocar estos procesos selectivos y negar al resto de los ciudadanos el derecho a participar en los mismos” (apartado 91).

V. LA ÚNICA MEDIDA EFECTIVA Y DISUASORIA PARA LA PREVENCIÓN DEL ABUSO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Se ha dicho que la figura del indefinido no fijo “no deja satisfecho ni a los que propugnan la tutela de los intereses laborales, ni a los que

defienden la necesidad de proteger los intereses públicos”¹⁶. No es fácil lograr un equilibrio estable en esta dialéctica, pero es imposible que esta técnica puramente contractual pueda constituir una medida que efectivamente disuada de la utilización abusiva de la contratación temporal.

A diferencia de lo que ocurre en el sector privado, en el que la conversión en indefinido de un contrato temporal fraudulento es una genuina sanción para la empresa —y aun así no se considera suficientemente disuasoria y a ella se le añade la sanción administrativa con un importante montante pecuniario—, en el sector público, es ilusorio pensar que una conversión del contrato en indefinido va a tener efecto disuasorio. La reflexión doctrinal es clara: “el abuso de la temporalidad se incentiva, de ahí que lo consideremos como otra de las patologías que han propiciado la creación de esta figura jurisprudencial, por la ausencia de responsabilidades —administrativas, disciplinarias o, incluso, penales— para quienes en nombre del organismo público realizan contrataciones fraudulentas”¹⁷.

No requiere excesiva argumentación la necesidad de implantar en nuestras administraciones públicas un sistema de responsabilidades disciplinarias o económicas que repriman de manera efectiva la utilización abusiva de la contratación laboral irregular. El impulso de modernización de las administraciones públicas bajo el paraguas del llamado “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” ha sido, hasta el momento, una oportunidad perdida: la Ley 14/2021 tan solo plantea vaguedades respecto de las responsabilidades de las autoridades y funcionarios que incumplan las previsiones sobre acceso y mantenimiento en el empleo público. Y las responsabilidades, o bien son personales, o bien son, como señala Sala Franco, “un brindis al sol”¹⁸.

¹⁶ J. Gorelli Hernández, “La extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo: el difícil equilibrio entre intereses laborales y de derecho público”, *Trabajo y Derecho*, núm. 10 (2015), v.e.

¹⁷ M. López Balaguer, F. Ramos Moragues, op.cit., pág. 13.

¹⁸ T. Sala Franco, “La temporalidad en el empleo público”, en A. Soriano Aranz, A. Todolí Signes, *Régimen jurídico de la selección y consolidación de personal en el sector público. Especial consideración a la normativa contra el abuso de la temporalidad*, Aranzadi, (Cizur Menor, 2022), p. 228. Para el autor, “la Ley no concreta nada en este sentido, ni la naturaleza de las responsabilidades a exigir (penal, civil, y/o disciplinaria) ni tampoco los concretos sujetos responsables dentro de las respectivas Administraciones” (pág. 227), y añade que “las indemnizaciones a abonar debería pagarlas el funcionario público o político responsable de tal contratación temporal irregular” (pág. 228).