

La temporalidad en el empleo público

Temporary employment in public sector

Federico A. Castillo Blanco

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Granada

<https://orcid.org/0000-0002-5586-0679>

RESUMEN: El presente trabajo realiza un estudio sistemático de las distintas cuestiones que el abuso de temporalidad plantea en el empleo público español, a la vista de las resoluciones de la justicia europea y las propias resoluciones jurisdiccionales que se han dictado en el orden social y contencioso-administrativo, planteándose si las soluciones normativas realizadas hasta ahora plasmadas en procesos *ad hoc* de reducción de temporalidad son suficientes para dar respuesta a la problemática planteada.

ABSTRACT: This paper systematically studies the various issues raised by the abuse of temporary employment in the Spanish public sector, in light of the resolutions of the European Court of Justice and the jurisdictional decisions issued in the social and administrative jurisdictions. It considers whether the regulatory solutions implemented so far, embodied in *ad hoc* processes aimed at reducing temporary employment, are sufficient to address this problem.

PALABRAS CLAVE: temporalidad, abuso, indemnizaciones, fijos, interinos

KEY WORDS: temporary employment, abuse, compensation, permanent, temporary staff

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO EN QUE SE PRODUCE EL DEBATE SOBRE LAS MEDIDAS A ADOPTAR PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. II. ¿CABE LA DECLARACIÓN DE FIJO EN EL EMPLEO PÚBLICO COMO CONSECUENCIA DE LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LA TEMPORALIDAD? 1. El debate existente en la jurisdicción social: cómo

Recibido: 19-05-2025

Aceptado: 22-05-2025

y en qué condiciones puede accederse a la condición de fijo. 2. La posición del orden jurisdiccional contencioso-administrativo: resulta contrario a la Constitución declarar la condición de funcionario fijo o equiparable en el caso de abuso en la temporalidad. III. ¿EN QUÉ CASOS SE PRODUCE ABUSO DE TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO? 1. Las relaciones «inusualmente largas» en el empleo público: el plazo de tres años. 2. La aplicación indiscriminada del criterio tiempo por la superación del plazo de tres años sin más: a propósito de la Ley 20/2021. 3. La puesta en pared de la jurisdicción contencioso-administrativa frente al criterio del mero transcurso del tiempo como causa del abuso. IV. LAS INDEMNIZACIONES COMO CONSECUENCIA DE LOS ABUSOS DE TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. 1. La cuestión planteada: si procede o no indemnizaciones sancionatorias por el abuso en la temporalidad y en qué condiciones. 2. La posición de la Sala 3ª del Tribunal Supremo: reconducción de la eventual indemnización a la existencia de daños y perjuicios o a lo que establezca la Ley. V. CONCLUSIONES: UN DEBATE TODAVÍA PENDIENTE EN QUE NUEVOS CAPÍTULOS HABRÁN DE SER ESCRITOS. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO EN QUE SE PRODUCE EL DEBATE SOBRE LAS MEDIDAS A ADOPTAR PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

De todos es conocido que las altas tasas de temporalidad en el empleo público, hasta un 30 % se ha llegado a alcanzar, pareciera que eran algo realmente intolerable y fueron determinantes para una reacción sindical frente a dicha injustificable tasa de temporalidad. Fruto de esta aspiración sindical, y de los propios colectivos de funcionarios interinos, se pusieron en marcha distintos procesos de estabilización a través de las leyes de PGE de 2017 y 2018 (con leves modificaciones en la Ley de PGE de 2021 relativas al aumento de la tasa de estabilización y periodo de ejecución de estos procesos) cuyos resultados fueron francamente desalentadores en cuanto a los objetivos que se perseguían, sin olvidar el revés que supuso para el éxito de los mismos la prohibición de un turno de acceso diferenciado de acuerdo con los pronunciamientos contenidos en la STC 38/2021, de 18 de febrero de 2021.

En paralelo a estos procesos se desarrollaba una intensa batalla judicial que, en principio, parecía haber cercenado la posibilidad de que, como consecuencia del abuso en la contratación temporal, se declarase en el sector público la fijeza en el empleo público aun cuando hubiera mediado un proceso selectivo para la selección de este personal temporal, pero que tras la última jurisprudencia europea ha determinado distintos pronunciamientos de distintos tribunales internos, tanto en el ámbito

social cómo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo lo que si resultaba una novedad, reconociendo la posibilidad de declarar fijos en el empleo público a aquellos empleados con los cuales se hubiese cometido un abuso¹. Y es que, como FUENTETAJA PASTOR (2020) ya puso de manifiesto, el derecho español carecía en ese momento, y al parecer sigue careciendo a la vista de las declaraciones del TJUE, de medidas adecuadas para sancionar esos abusos. De esta forma, el Tribunal de Justicia ha valorado negativamente los procesos de consolidación o estabilización o la transformación en indefinidas —no fijas— de las relaciones laborales de los funcionarios interinos. Pronunciamientos jurisdiccionales, los últimos acontecidos en el ámbito europeo a los que ahora nos referiremos, que indican que, casi con total seguridad, habrá nuevos capítulos en este tejer y destejer en la temporalidad que dura ya varios años y que ponen en jaque los paradigmas que hasta ahora se habían mantenido sin fisuras en el empleo público como se denunciaba por CANTERO MARTÍNEZ (2024)².

Pues bien, hace tan solo unos meses conocimos que la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en dos sentencias de 25 de febrero de 2025 (rec. 4436/2024 y 7099/2022), ha rechazado la posibilidad de declarar fijos a aquellos empleados públicos que han tenido nombramientos temporales que deban considerarse abusivos.

Las sentencias referidas abordan distintas cuestiones que ponen en cuestión el enfoque que, hasta este momento, la legislación de empleo público había establecido. En efecto, cuestiones tales como si resulta o no contrario a la Constitución convertir en funcionario fijo o equiparable a quien haya recibido nombramientos temporales abusivos, el propio modo de apreciación del uso abusivo de los nombramientos temporales o las consecuencias del cese de ese personal temporal y la eventual indemnización que pudiera corresponderle han sido objeto de pronunciamiento en las sentencias referidas. Y adelantemos ya que ninguna de dichas cuestiones ha quedado

¹ Puede verse, en este sentido, en la jurisdicción social las SSTSJ de Madrid de 10 de mayo de 2024 (rec. 973/2021) y 27 de septiembre de 2024 (rec. 408/2024) o la STSJ País Vasco de 16 de julio de 2024 (rec. 582/2024) que han declarado la fijeza cuando se supera un proceso selectivo, aunque no se hubiera obtenido plaza o para acceder a la condición de temporal cuando hay una situación de abuso en contra de lo que había fallado el propio TS (STS de 8 de noviembre de 2023, rec.3499/2022). Por su parte, y en orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Sentencia nº1249/2024, de 19 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Santa Cruz de Tenerife ha reconocido, por primera vez, en la jurisdicción contencioso-administrativa no solamente la constatación de un abuso en la contratación temporal por parte de la administración, sino la imperiosa necesidad y obligación de establecer una compensación efectiva y proporcional como es la declaración de fijeza.

² La autora realiza un análisis de la STJUE de 22 de febrero de 2024 (C-59/22, C-110/22 y C-159/22) poniendo de relieve que la misma supone un importante punto de inflexión e implica una intensa laborización del empleo público, aplicando directamente la legislación laboral y poniendo en jaque los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

definitivamente resuelta y todavía habremos de esperar sucesivos capítulos en esta historia que se arrastra desde hace años. Al menos no lo es en el ámbito social donde todavía pende una cuestión prejudicial que, a buen seguro, afectará las distintas interpretaciones que se puedan realizar sobre estos asuntos también en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y a la que más adelante, por su relevancia, aludiremos.

Es preciso recordar, antes de abordar los pronunciamientos de estas últimas resoluciones jurisdiccionales, que este debate, latente tanto en la justicia europea como en la propia española, deriva en lo esencial de otras dos resoluciones jurisdiccionales dictadas en el ámbito europeo que han planteado un conflicto entre el derecho europeo y los principios del acceso al empleo público en España. La primera en el tiempo sería la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 (C-59/2022, C-110/2002 y C-159/2022), que abordó el abuso de la contratación temporal en el sector público español, la cual respondía a cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y cuyo razonamiento sugirió que la conversión de contratos temporales en indefinidos podría ser una medida adecuada para prevenir y sancionar dichos abusos. La segunda, más matizada en sus afirmaciones, era la sentencia TJUE de 13 de junio de 2024 (C-331/22 y 332/22) que establece que, dada la imprecisa dicción de la cláusula 5^a que no establece la fijeza como consecuencia necesaria del abuso, y aun siendo cierto que pudiera ser una medida apropiada, la conversión de temporal a fijo será posible siempre que «no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional» (ap. 111)³.

De esta forma, si ambas sentencias coincidían en señalar que los procesos derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público no eran adecuados para sancionar y compensar la precariedad asociada al abuso de la temporalidad no parecían tan unánimes en la solución a adoptar.

³ Efectivamente, la sentencia TJUE de 13 de junio de 2024 (C-331/22 y 332/22) establece que, dada la imprecisa dicción de la cláusula 5^a, que no establece la fijeza como consecuencia necesaria del abuso, aunque sí podría ser una medida apropiada, la conversión de temporal a fijo será posible siempre que (ap. 111) «no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional». De tal forma, que, en el supuesto de que el ordenamiento jurídico niegue esta posibilidad, establece que debe preverse «otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada». Lo que, *grosso modo*, parece que haría imposible la conversión en el ámbito funcional de temporal a fijo por ser contrario al artículo 23.2 CE, aunque mucho menos claro resulta esa conclusión en el caso del personal laboral dada la distinta aplicación que dicho artículo tiene respecto de este personal lo que ha abierto una interesante discusión sobre este punto que, en opinión de algunos autores, sí sería de aplicación dadas las disposiciones establecidas en la legislación de empleo público respecto del acceso al empleo público.

Y es que recordemos que las medidas contempladas en dicha norma se ceñían a distintas cuestiones. Unas mirando al pasado y otras mirando al futuro. En realidad se procedía mezclando dos problemas que no necesariamente habían de resolverse conjuntamente, a saber: de un lado, la reacción frente al abuso en la contratación temporal; y, de otro, la reducción de la temporalidad. Las medidas, a las que se han referido en profundidad CANTERO MARTÍNEZ (2022), BOLTAINA BOSCH (2022) o ROQUETA BUJ (2022), fueron esencialmente las siguientes:

- La renovación técnica de la figura del funcionario interino buscando una más adecuada causalidad en los supuestos de nombramiento y cese.

- La autorización de una tasa adicional de convocatoria de plazas y la articulación de dos procesos de estabilización con sistemas distintos en función de la antigüedad de los llamados a ser estabilizados (concurso y concurso-oposición)

- La previsión de indemnizaciones para los que no superaran esos procesos lo que sin duda era un acicate para la propia perversión de estos procesos por el coste que podía implicar para la Administración la no superación de éstos por parte del personal que generaba las plazas que eran objeto del proceso de estabilización⁴.

- Y, por último, la previsión de exigencia de responsabilidad por las actuaciones irregulares que en esta materia se produjesen a partir de ese momento. Una mera previsión sin consecuencia alguna, al menos hasta ahora, ya que no se conoce procedimiento alguno de exigencia de responsabilidad por este motivo.

La realidad, sin perjuicio de que algunas de las medidas adoptadas pueden calificarse como acertadas, es que todo el proceso ha sido un relativo despropósito que, además y como ha apuntado con acierto BOLTAINA BOSCH (2023: p.175), si bien pueden haber aportado una solución coyuntural al problema de la temporalidad no han establecido ningún criterio efectivo para evitar la repetición de esta circunstancia en el futuro. Y, de hecho, de nuevo hay una alta tasa de temporalidad.

⁴ Y es que, en efecto, la Ley de 2021 para eliminar la utilización abusiva de contratos temporales indica que tendrán derecho a una indemnización de 20 días por año trabajado con un máximo de doce mensualidades aquellos interinos cesados por no haber superado la prueba para cubrir su plaza lo cual sin duda era un acicate, sobre todo en Administraciones que tuviesen un alto número de interinos, para evitar que los mismos no sacasen la plaza. El Tribunal Supremo (sala IV) en sentencias de 2 de julio de 2024 (rec.3516/2023) y 25 de septiembre de 2024 (rec.5549/2022) ha considerado, aun y a pesar de que la STJUE de 22 de febrero de 2024 (c-59/22, C-110/22 y C-159/22) pudiese plantear algunas dudas, que ese importe es válido. En cualquier caso, la problemática no cesa con resoluciones en uno y en otro sentido (Beltrán de Heredia, 2024a) <https://ignasibeltran.com/2024/11/18/extincion-por-cobertura-reglamentaria-de-la-plaza-de-indefinido-no-fijo-y-reconocimiento-de-indemnizacion-por-despido-improcedente-stsj-aragon-30-9-24/>.

II. ¿CABE LA DECLARACIÓN DE FIJO EN EL EMPLEO PÚBLICO COMO CONSECUENCIA DE LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LA TEMPORALIDAD?

Esta, sin duda, ha sido la cuestión principal de discusión a lo largo de estos años en que, como se apuntó con anterioridad, se desarrollaría una intensa presión por parte de las centrales sindicales y de las plataformas de colectivos de interinos a fin de resolver la cuestión suscitada con la pretensión, en ningún caso ocultada, de que se procediese a *aplantillar* directamente a esos empleados públicos sin proceso selectivo alguno.

El debate, en cualquier caso, estaba servido y parece que, con perspectivas distintas, se ha trasladado a los órdenes social y contencioso-administrativo de nuestros tribunales que mantienen matices divergentes de cierta relevancia.

1. El debate existente en la jurisdicción social: cómo y en qué condiciones puede accederse a la condición de fijo

Si bien, en un primer momento, la propia sala de lo social del TS había mantenido la imposibilidad de la transformación de una relación laboral temporal en una fija (STS de 8 de noviembre de 2023, rec. 3499/2022), tras las sentencias en el ámbito europeo citadas más arriba ha habido una división en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia del país en el ámbito social. De esta forma, en un primer momento, hubo posiciones encontradas. Si, a título de ejemplo, la STSJ Andalucía (social), de 14 de marzo de 2024 (rec. 775/2022) o la STSJ de Madrid (social) de 10 de abril de 2024 (rec. 797/2021) mantuvieron que no procedía la declaración de fijeza por respeto a los principios constitucionales, en otros casos, cómo acontece con la STSJ del País Vasco (social) de 22 de abril de 2024 (rec. 229/2024), se mostrarían favorables a la solución de la fijeza interpretando que los principios constitucionales de acceso a la Administración pueden ser obviados desde la perspectiva de la aplicación de la directiva europea que aborda dichas cuestiones (con voto particular).

Bien es cierto que hay un matiz del que es preciso dar cuenta. Cuando se había superado un proceso selectivo para el nombramiento temporal, y en ese sentido, entre otras pueden verse las SSTSJ de Madrid de 10 de mayo de 2024 (rec. 973/2021) y 27 de septiembre de 2024 (rec. 408/2024), o la STSJ País Vasco de 16 de julio de 2024 (rec. 582/2024), un grupo relevante de resoluciones jurisdiccionales se pronunciarían a favor de declarar la fijeza, aunque no se hubiera obtenido plaza o se accediese a la condición de temporal cuando hay una situación de abuso por entender que ya no se producía la contradicción antes mencionada entre el Acuerdo Marco que acompaña a la Directiva 1999/70/CE y los principios constitucionales de acceso al empleo público.

Esta situación, cuando menos no unánime respecto de la interpretación que haya de realizarse respecto de esas sentencias europeas, culminó con que el propio Tribunal Supremo, en concreto su sala 4^a, formulara una cuestión prejudicial mediante el ATS de 30 de mayo 2024 (rec. 5544/2023), por ahora no resuelta, en la que se plantea al TJUE dos cuestiones prejudiciales:

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

- Segunda, de carácter subsidiario, para el caso de que la respuesta a la primera cuestión prejudicial sea la de declarar que la doctrina jurisprudencial que niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco : ¿El reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral, puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?.

Ya veremos que se contesta en esta aparente historia de nunca acabar. Menos dudas, como ahora se dará cuenta, plantearían dichas cuestiones al orden jurisdiccional contencioso-administrativa que, a la vista de su jurisprudencia, tiene más certezas sobre esta problemática comenzando por rechazar el plantear cualquier cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. La posición del orden jurisdiccional contencioso-administrativo: resulta contrario a la Constitución declarar la condición de funcionario fijo o equiparable en el caso de abuso en la temporalidad

Sin perjuicio de alguna decisión puntual, como el que muestra la Sentencia nº 1249/2024, de 19 de noviembre, del Juzgado de lo contencioso-administrativo número 3 de Santa Cruz de Tenerife⁵, lo cierto es que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no ha compartido la solución que se muestra favorable a la conversión en fijo del personal temporal estatutario o funcionario. De esta forma, esa sentencia había reconocido, por primera vez en la jurisdicción contencioso-administrativa, no solamente la constatación de un abuso en la contratación temporal por parte de la Administración, sino la imperiosa necesidad y obligación de establecer

⁵ Puede consultarse aquí: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-contencioso-administrativo-juzgado-lo-contencioso-administrativo-n-3-19-11-24-48635509>

una compensación efectiva y proporcional a ese hecho. Y, en ese sentido, resolvió que, al no existir norma sancionadora de ese abuso en el ordenamiento interno y conforme a la jurisprudencia más reciente del TJUE, y al haber superado la recurrente un proceso selectivo bajo los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el año 2020, la consecuencia necesaria es que había adquirido la condición de personal estatutaria fija en la Administración demandada.

Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2025 (4436/2024) parece haber puesto fin a esa polémica en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En efecto, en esta última sentencia, las cuestiones suscitadas a la sala eran las siguientes:

(i) Si, para apreciar la existencia de utilización abusiva en los nombramientos de funcionarios interinos que sean sancionables, es suficiente un criterio temporal de prolongación en la interinidad;

(ii) En caso de reconocerse la existencia de abuso, si cabe la asimilación de la solicitud de nombramiento como funcionario fijo o equiparable como medida adecuada al derecho nacional para sancionar el abuso en la temporalidad;

(iii) Y, en el caso de que no fuera posible la asimilación como funcionario fijo o equiparable, si cabe el reconocimiento de indemnización penalizadora por la existencia de abuso en la contratación de empleados temporales y, en caso de respuesta afirmativa, cuáles serían los parámetros a tener en consideración a la hora de determinarla.

La sala mantiene la jurisprudencia sentada al respecto y considera que esta no es contraria a la interpretación del Acuerdo Marco que acompaña a la Directiva 1999/70/CE mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En todo caso, añade que quien haya sido objeto de nombramientos temporales abusivos, si acredita haber sufrido perjuicios por esa causa, tendrá derecho a ser indemnizado.

En su sentencia, razonará que: «nuestro Derecho, como hemos venido diciendo de manera constante, no permite convertir al personal temporal de la Administración en funcionario de carrera o personal fijo de la misma equiparable sin que medien los procesos selectivos previstos legalmente para acceder a esa condición. O sea, sin que se sigan, no cualesquiera formas de selección, sino procedimientos fundamentados en los principios constitucionales de mérito y capacidad e igualdad, convocados al efecto y resueltos con todas las garantías por órganos caracterizados por la objetividad en el desempeño de su función».

La sala resalta que estos procedimientos poseen unas características que les distinguen de los que se observan en el ámbito privado, del mismo modo que difiere

el régimen estatutario de los empleados públicos del que es propio de los trabajadores del sector privado, por lo que no son comparables como también afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2024.

En estas sentencias, además, se destaca que en el caso de España el impedimento «no es de mera legalidad, sino de constitucionalidad», por lo que «admitir la conversión pretendida supondría, no ya una decisión *contra legem*, sino *contra Constitutionem*». Y añade que: «Vulneraría elementos esenciales de la configuración de la función pública dispuestos por el constituyente, centrales en su operatividad que, además, se integran en los derechos fundamentales de los aspirantes a acceder al empleo público y han sido asumidos por la conciencia social como rasgos distintivos de dimensión subjetiva de las Administraciones Públicas».

Por otra parte, la sala rechaza presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como se planteaba en uno de los recursos examinados, ya que considera que no solo se ha hecho esta petición tardíamente, sino porque con ella se «pretende eludir un pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de claridad cristalina, tan evidente en su sentido que ninguna duda puede suscitar, no ya al lector español, sino al de cualquier país de la Unión Europea, por circunscribirnos al ámbito en que se aplica su ordenamiento jurídico y, desde luego, a ningún juez».

Y, conforme a lo expuesto, la sala responderá a las cuestiones planteadas en el auto de admisión en el sentido que sigue:

«(i) la apreciación del uso abusivo de los nombramientos temporales exige la comprobación de que se reiteran o prolongan para cubrir necesidades no permanentes o estructurales; (ii) es contrario a la Constitución convertir en funcionario fijo o equiparable a quien haya recibido nombramientos temporales abusivos; (iii) el afectado por el abuso, de ser cesado fuera de los supuestos previstos legalmente para la terminación de la relación de servicio temporal, tendrá derecho a ser repuesto hasta tanto el puesto de trabajo desempeñado se cubra por funcionario público o se amortice; (iv) quien haya sido objeto de nombramientos temporales abusivos, si acredita haber sufrido perjuicios por esa causa, tendrá derecho a ser indemnizado en medida proporcionada a ellos o, en su caso, en la que establezca el legislador».

Como puede constatarse de sus conclusiones la jurisdicción contencioso-administrativa mantiene una posición bien distinta de la que se había ofrecido en el orden social.

III. ¿EN QUÉ CASOS SE PRODUCE ABUSO DE TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO?

En estrecha conexión con la cuestión anterior otra de las cuestiones de disputa en nuestro ordenamiento jurídico ha sido delimitar cómo y en qué condiciones se produce un abuso de temporalidad en las relaciones laborales que se producen en el empleo público. Y comencemos poniendo de relieve que cierto es, y no se puede negar, que efectivamente se han cometido abusos en el uso de la contratación temporal en las Administraciones públicas. Especialmente en ciertos sectores del empleo público.

El problema es que se ha generalizado la hipótesis, quiero decir la existencia de un abuso, a un alto porcentaje de casos de contratación temporal en base a un único dato: que hubiese transcurrido más de tres años de estar en dicha situación. Sin distinciones ni matices. Esa posición ha sido determinante para que más de una pregunta no haya encontrado una adecuada respuesta, a saber: ¿Implicaba dicha idea que esto necesariamente hubiera de generalizarse a toda la contratación temporal simplemente por el transcurso de tres años? ¿Habría o no de haberse tenido en cuenta otras circunstancias en forma más decisiva y, entre ellas a título de ejemplo, que la persona hubiera podido participar en procesos similares? ¿Se debiera haber reducido solo a aquellos supuestos en que efectivamente haya habido un abuso con todas las dificultades que dicha calificación jurídica presente?

El resultado de esa visión, a mi juicio poco acertada, ha sido un proceso generalizado de estabilización de personal temporal en estos años en plazas, puestos, etc. Un proceso que ha arrojado resultados más que inciertos, aunque no pueda negarse bien es verdad que ha solucionado algunas situaciones ciertamente sangrantes existentes en ciertos sectores del empleo público. Y es que, paradójicamente, tras finalizar las distintas etapas establecidas en la Ley 20/2021 nos hemos situado en la actualidad, a diferencia del sector privado, con más temporalidad en el empleo público que antes de que se iniciasen estos procesos lo que ha hecho que algún medio de información se haya hecho eco de dicha situación hablando de «bucle de temporalidad en el empleo público». Y, como corolario, que inclusive algunos grupos políticos hayan propuesto, como enmiendas al Proyecto de Ley de Función Pública de la Administración General del Estado, que directamente se haga fijos, sin necesidad de procedimiento alguno (para qué sirven), a todos los interinos o laborales temporales que superen el plazo de tres años dado el abuso que se ha cometido con ello. En cualquier caso, lo primero es saber cómo hemos llegado hasta aquí.

1. Las relaciones «inusualmente largas» en el empleo público: el plazo de tres años

La jurisdicción social, en el ámbito del empleo público, había mantenido posiciones encontradas, con distintas resoluciones jurisdiccionales tanto del TJUE como de nuestros tribunales, con relación a los efectos que, en el sector público, tenía una duración «inusualmente larga» de una relación laboral que superaba el plazo de tres años establecido en el artículo 70 EBEP para aprobar y ejecutar una oferta de empleo público.

La jurisprudencia del orden social había entendido que, al establecer el EBEP un plazo máximo para la cobertura de una vacante, había que entender que la relación laboral de un interino por vacante devenía en indefinida cuando se superaba el límite temporal máximo de tres años para la cobertura de la plaza previsto en el art. 70.1 de dicha norma (entre otras, SSTS 14 de julio 2014, rec. 1847/2013); 15 de julio 2014, rec. 1833/2013); y 14 de octubre 2014, rec. 711/2013).

No obstante, dicha tesis no había sido totalmente pacífica en los Tribunales Superiores de Justicia. De esta forma y, entre otras sentencias, la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 22 de marzo de 2018 (rec. 2736/2017) o la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de enero de 2017 (rec. 3047/2016) declararon, en esa situación y tras superar ese plazo, la condición de indefinida a la relación laboral. Pero, por su parte, otras sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de julio de 2012 (rec. 156/2009) o la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 22 de enero de 2014 (rec. 2191/2013) alcanzarían una conclusión distinta entendiendo que el transcurso de ese plazo no convertía en indefinida la relación laboral.

La doctrina del Tribunal Supremo (social), expresada en la sentencia de 24 de abril de 2019 (rec. 1001/2017), había concluido tras la jurisprudencia recaída en el ámbito europeo, y de acuerdo con la doctrina a estos efectos establecida en la conocida sentencia Montero Mateos (apartado 64), que el transcurso de un plazo inusualmente largo, con independencia de ese plazo de tres años establecido en el artículo 70 EBEP, de un contrato perfectamente válido era determinante para la conversión de dicho contrato en un contrato laboral indefinido no fijo. En el caso resuelto en esa sentencia la duración del contrato efectivamente había sido excesivamente largo (20 años).

No obstante, la sentencia de 5 de diciembre de 2019 (rec. 1986/2018), también en lo social, volvió a replantear el debate indicando que no bastaba el mero transcurso del tiempo, sino que era preciso indagar si esa duración «inusualmente larga» estaba o no justificada. En palabras del Tribunal Supremo:

«Y utilizamos expresamente la locución "injustificadamente larga" porque lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, en modo alguno, que su duración resulte "inusualmente" larga; sino que la duración del contrato sea "injustificada" por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal».

Es decir, y para resumir con brevedad, la cuestión que planteaba esa nueva línea jurisprudencial del Tribunal Supremo es que no bastaba que una relación laboral fuese «inusualmente larga», sino que se había de indagar, en cada caso concreto, si esa duración estaba o no justificada.

El Tribunal Supremo se apartaba, a mi juicio con acierto a pesar de las críticas que recibió dicha sentencia⁶, de un cierto automatismo en la conclusión de que bastaba que una relación laboral fuese en exceso dilatada —en nuestro ordenamiento se venía realizando dicha calificación por exceder del plazo de tres años establecido en el artículo 70 EBEP— para que la misma produjese una conversión del contrato temporal en un contrato indefinido. Y, a diferencia de otros comentarios ya reseñados, creo que es una conclusión correcta a pesar del voto discrepante existente en esa resolución jurisdiccional que señalaba que:

«Ahora bien, en modo alguno puedo compartir la lectura que el voto mayoritario hace del término expresamente manifestado por la sentencia del TJUE de "duración inusualmente larga", equiparándolo a la locución "injustificadamente larga", pues es obvio que estamos ante dos conceptos no equiparables. La palabra "inusualmente" es un adverbio de modo a partir del adjetivo "inusual", equiparado a anómalo, extraño, infrecuente, excepcional, insólito, etc., pero nunca a injustificado/a. Estimo pues, que no cabe la interpretación dada por la sala al término, para concluir con una expresión distinta a la señalada por el TJUE en un procedimiento efectuado en español, resolviendo asunto procedente de España (STJUE 5/06/2018 -C-677/ 16), del que no cabe duda alguna en los términos que se utiliza la expresión "duración inusualmente larga"».

En efecto, las críticas a la misma centradas como puede verse en la aparente fórmula empleada al sustituir el adverbio de modo «inusualmente larga» (apartado 64 sentencia Montero Mateos) por un adjetivo «injustificadamente larga», no parecían dar excesiva relevancia a algo que, al menos a mí, me parecía meridianamente

⁶ Puede verse a este respecto: <https://ignasibeltran.com/2020/01/27/a-proposito-del-apartado-64-montero-mateos-inusualmente-es-equivalente-injustificadamente/>

claro: lo inusual, para ser irregular y merecer una sanción jurídica, necesariamente ha de ser injustificado. Es decir, ha de ser calificado por un adjetivo. En realidad, y desde mi punto de vista, no existe una sustitución, ni efectivamente como indica el propio voto discrepante lo «inusual» puede equipararse a «injustificado». Lo «inusual» puede o no ser justificado y esa característica precisamente es lo que lo convierte o no en irregular.

Lo «inusual», insistamos, por sí mismo no puede ser equiparado a irregular y habrán de concurrir otros elementos para que esa duración «inusualmente larga» sea considerada irregular. Y es precisamente por esta razón por la que los tribunales europeos remiten a los órganos jurisdiccionales españoles la determinación de si, en un caso concreto, lo «inusualmente largo» puede o no merecer una sanción jurídica (STJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16).

Todo ello con independencia del mayor o menor acierto del principal argumento escogido por el Tribunal Supremo para fundamentar la justificación (que también utilizó en la STS de 29 de noviembre de 2019, rec. 2732/2018), a saber: la crisis económica y con ella la paralización de las ofertas de empleo público a propósito de ellas acontecidas. Ciertamente, si en estos casos el TJUE ha señalado que no pueden amparar una temporalidad abusiva, no es menos cierto que dicha aseveración se realizó a propósito de la sucesión de contratos temporales y no en una situación de interinidad en vacante.

Sin embargo, y a pesar de este precedente, la sala IV, en la STS 28 de junio 2021 (rec. 3262/2019), aplicando la doctrina del TJUE en el asunto *IMIDRA* que rechazó la tesis de que la crisis económica pudiese amparar esa conclusión (sentencia de 3 de junio de 2021, C-726/19), corrigió su doctrina entendiendo que la superación del plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP precipitaba la calificación de indefinido no fijo.

Pues bien, creo que en su interpretación se ha ido un poco más allá de lo que la sentencia concluye. La sentencia *IMIDRA* no llega a la conclusión de que, en todo caso, el transcurso de tres años precipita esa conversión. En mi opinión dos cosas concluye dicha sentencia y no necesariamente se llega a la conclusión anterior: la primera, que no es conforme al derecho europeo una interpretación que lleve a concluir que se permite una renovación contractual sin un plazo preciso de finalización de esos procesos; la segunda, que las motivaciones económicas no son suficientes para alargar indefinidamente la contratación temporal. Pero lo que, desde luego, no concluye insistamos en ello es que, en todo caso y prescindiendo de cualquier consideración, el transcurso de tres años determine la conversión en indefinido no fijo.

2. La aplicación indiscriminada del criterio tiempo por la superación del plazo de tres años sin más: a propósito de la Ley 20/2021

Como ya sabemos la ley 20/21 autorizó un tercer proceso de estabilización de empleo público, adicional a los que regularon los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que incluiría las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones públicas, y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Los términos utilizados por la norma no parece que otorgasen una decisión discrecional a la Administración para escoger aquellas plazas que se incluían o no en dicho proceso, aunque lo cierto es que, en el marco de dichos procesos de estabilización, terminaron por incluirse plazas que no respondían estrictamente a un abuso en la relación laboral.

La norma, recordemos, establecía tres elementos para determinar las plazas a incluir que derivan de los Acuerdos alcanzados sindicalmente:

- Uno positivo, plazas de naturaleza estructural que estén dotadas presupuestariamente.

- Otro negativo, no es necesario que la plaza se encuentre en plantilla, RPT o cualquier otro instrumento.

- Y un último temporal que estuviesen ocupadas de forma temporal e ininterrumpida al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Desde luego el requisito más problemático era el requisito de que dichas plazas tuvieran la característica de ser estructurales para su inclusión en la correspondiente oferta de empleo público. Atendiendo a la dicción de la Ley estábamos frente a un concepto jurídico indeterminado —no frente al ejercicio de una facultad discrecional— en el contexto de la norma que lo contempla. Y recordemos también, a estos efectos, que en los conceptos jurídicos indeterminados se emplean, bien por voluntad del legislador o sencillamente por imposibilidad de hacerlo de otra manera, conceptos que están dotados de una cierta indeterminación. Y este era el caso que nos ocupaba.

Pues bien, conforme a ese criterio, las resoluciones interpretativas dictadas desde el Ministerio realizaron una interpretación generosa de ese requisito, ampliada

dicha interpretación, a su vez, en la aplicación práctica de esos preceptos por las distintas Administraciones públicas que determinaron un gran número de supuestos en que se procedió a incluir plazas (o huecos) en esos procesos de estabilización a fin de que mediante procesos blandos de selección se alcanzase la condición de fijeza en el empleo público. Todo hay que decirlo no siempre suficientemente justificados dado el criterio seguido del tiempo como justificativo del abuso y al margen de cualquier otra consideración.

3. La puesta en pared de la jurisdicción contencioso-administrativa frente al criterio del mero transcurso del tiempo como causa del abuso

A contracorriente de lo hasta aquí acontecido la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en las recientes sentencias a las que se ha aludido al comienzo, ha rechazado la idea de que el simple transcurso del tiempo devenga en abuso recuperando, en mayor o menor medida, la tesis inicial mantenida en el orden social de la que se dio cuenta con anterioridad y alejándose de la mantenida en la Ley 20/2021. En efecto, las SSTs de 19 de febrero de 2025, (rec.1602/2024) y de 25 de febrero de 2025, rec.4436/2024 y 7099/2022) han abordado dicha cuestión.

Y, de esta manera se razona en la primera de las sentencias citadas:

«4. Cabe entender así que hay una temporalidad regular, admisible y, como tal, legalmente prevista, de forma que no cabe hablar de temporalidad abusiva o fraudulenta por el mero cómputo de años de una relación de servicios temporal si es que el interino es llamado puntualmente para servir una vacante en tanto se cubre mediante funcionarios de carrera, bien sea de nuevo ingreso, o bien mediante concurso de traslado entre quienes ya lo son. En estos casos de temporalidad regular y no abusiva, el desempeño del puesto será regular al ser por el tiempo que media entre que se produce la vacante y se otorga en propiedad a un funcionario de carrera, en los plazos legales».

Y añade que:

«5. También cabe esa temporalidad regular cuando, para plazas que tienen titular, el funcionario interino es nombrado para llamamientos por la causa del artículo 10.1.b) del EBEP —baja del titular, comisiones de servicio, permisos o licencias, etc.— o para ejecución de programas de carácter temporal artículo 10.1.c) del EBEP. Y cabe, en fin, cuando es para tareas de refuerzo [artículo 10.1.d) del EBEP], que serán tales si son realmente temporales o coyunturales, pero si el refuerzo se torna indefinido, se estará de hecho ante una plaza que debe considerarse vacante estructural, como tal preverse en las plantillas, luego ofertarse su cobertura de forma regular a funcionarios de carrera».

Para concluir que es preciso atender al caso concreto para determinar los supuestos que han motivado la temporalidad a fin de discernir si existe o no efectivamente un abuso:

«6. A partir de estas reglas generales la Sala ha declarado que apreciar el abuso lleva a un juicio casuístico (cfr. sentencia 78/2023, 24 de enero, casación 3960/2021). Tal casuismo se plantea, ya sea en la aplicación de la normativa general sobre la función pública, básica o autonómica, o ya sea atendiendo a cada sector o ámbito de la actividad administrativa (cfr. párrafos 67 a 71 de la sentencia TJUE de 26 de noviembre de 2014, ya citada), lo que confirma la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco al referirse a las "necesidades de los distintos sectores"; y a su vez, sea en un ámbito u otro, al casuismo de cada sector hay que añadir las circunstancias de cada nombramiento (cfr. sentencias 1401/2021, de 30 de noviembre y 1449, 1450 y 1451/2021, todas de 10 de diciembre, casaciones 6302, 6674 6676 y 7459/2018, respectivamente)».

Y en el caso de las sentencias citadas de 25 de febrero se añadirá que:

«Hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre los criterios que permiten apreciar abuso en la utilización por parte de la Administración de nombramientos temporales. En último extremo, se puede decir que son abusivos cuando con ellos se quieren atender necesidades de carácter estructural en lugar de a las de naturaleza circunstancial para las que han sido previstos por la ley. Así, hay abuso en los nombramientos temporales que se mantienen o reiteran a lo largo de los años para desempeñar el mismo puesto vacante sin que se proceda a su convocatoria para su provisión por funcionario de carrera, o en los de concatenación de sucesivos nombramientos para el mismo puesto o para distintos puestos de semejante contenido. Naturalmente, la determinación del abuso requiere del examen de las circunstancias singulares a fin de establecer que, efectivamente, se ha recurrido de manera reiterada a personal temporal para atender necesidades permanentes [sentencias n.º 1401/2021, de 30 de noviembre (casación n.º 6302/2018); n.º 1451/2021, de 10 de diciembre (casación n.º 7459/2018); n.º 1450/2021, de 10 de diciembre (casación n.º 6676/2018); n.º 1449/2021, de 10 de diciembre (casación n.º 6674/2018); y sucesivas]».

En definitiva, lo que es temporal no puede ser considerado estructural simplemente por la presunción de que el paso del tiempo muta su naturaleza.

IV. LAS INDEMNIZACIONES COMO CONSECUENCIA DE LOS ABUSOS DE TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

Y esta es la tercera cuestión que la reciente jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo ha abordado en las sentencias de 25 de febrero y no es una cuestión menor. A saber, las eventuales indemnizaciones que hayan de hacerse efectivas como consecuencia de dichas situaciones.

La cuestión venía rodando desde las primeras sentencias dictadas por el TJUE sobre este asunto como la *De Diego Porras*, con posterioridad matizada por la sentencia *Montero Mateo*, hasta las más recientes dictadas en febrero y junio de 2024 que de nuevo planteaban nuevos posicionamientos respecto de la cuestión referida. Lo cierto es que, al menos en mi opinión, este tejer y destejer del tribunal europeo, al que por otra parte no parece corresponda ofrecer la solución concreta que haya de darse a la cuestión, no ha contribuido a remediar el desconcierto existente en la materia y su consecuencia es la interminable serie de cuestiones prejudiciales planteadas por nuestros tribunales a fin de aclarar el alcance de la cláusula 5 del acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70. Y todo ello aderezado con posiciones encontradas entre la jurisdicción social y la jurisdicción contenciosa y sin una intervención decidida por parte del legislador.

Si bien en las anteriores cuestiones analizadas me he mostrado, con carácter general, básicamente de acuerdo con la posición de la sala 3ª, me temo que resulta más complicado coincidir en esta tercera cuestión que en este trabajo analizamos. Al menos no totalmente.

1. La cuestión planteada: si procede o no indemnizaciones sancionatorias por el abuso en la temporalidad y en qué condiciones

Recordemos, en primer lugar, el objeto de estas indemnizaciones. Y es que la cláusula 5 del acuerdo marco no establece sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos, sino que prevé que, en tales casos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco de tal forma que se evite el abuso en la temporalidad.

Recordemos también que, como declara la propia sentencia de 25 de febrero, no es posible en estos casos de abuso de temporalidad en el empleo público proceder, por razones constitucionales, a declarar la fijeza en el empleo público. En opinión de la sala «nuestro Derecho, como hemos venido diciendo de manera constante, no permite convertir al personal temporal de la Administración en funcionario de carrera o personal fijo de la misma equiparable sin que medien los procesos selectivos previstos legalmente para acceder a esa condición. O sea, sin que se sigan, no cualesquiera formas de selección, sino procedimientos fundamentados en los principios constitucionales de mérito y capacidad e igualdad, convocados al efecto y resueltos con todas las garantías por órganos caracterizados por la objetividad en el desempeño de su función».

Y hasta ahí creo que es una opinión que puede compartirse. Ahora bien, en forma complementaria a dichas declaraciones, la sala 3ª ha mantenido que las eventuales indemnizaciones que se haya de reconocer como consecuencia del abuso de temporalidad han de ser reconducidas a la institución de la responsabilidad patrimonial, al no existir en el ordenamiento jurídico español indemnizaciones de naturaleza sancionadora y, con ello, exigirse la concurrencia de un daño o un perjuicio (baste por todas señalar la de STS de 22 de febrero 2023, rec. 3841/2021 que se sumaría a otras en la misma línea dictadas en 2021).

En esa tesitura, y respecto de este concreto punto, el recurrente argumentaría en el recurso que es objeto de la STS de 25 de febrero de 2025 que, si no cabía la asimilación a funcionario fijo o equiparable para penalizar el abuso producido, tendría que ser posible la indemnización penalizadora del abuso y, en tal caso, se plantea cuáles serían los parámetros a considerar para determinar la misma. Y respecto de esta cuestión solicitaba que se planteara una cuestión prejudicial basada en los siguientes razonamientos:

«29. SEXTA: Si, al no existir en el Derecho español, de raíz latina, indemnizaciones de naturaleza sancionadora y disuasoria —propias del Derecho anglosajón—, y en tanto que las indemnizaciones previstas en el ordenamiento jurídico español, únicamente se abonan a los empleados públicos en el momento del cese o extinción de la relación de empleo y para el caso de que la víctima del abuso no supere el proceso selectivo para adquirir la condición de fijo, estando estas indemnizaciones topadas a 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, sin que —como exige la STJUE de 7/3/2018, Santoro, y su Auto de 8/1/2024, C-278/23— vayan acompañadas de una compensación por la pérdida de oportunidades, ni por ningún otro mecanismo adicional de sanciones efectivo y disuasorio, ¿tales indemnizaciones pueden ser concebidas como medidas sancionadoras efectivas y proporcionadas que presentan garantías protección de los trabajadores con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminarlas consecuencias de la inflación del Derecho de la Unión, en los términos de la cláusula 5 del Acuerdo marco?

30. SÉPTIMA: ¿Si el hecho del que el ordenamiento jurídico español exija de la víctima la prueba del daño perjuicio sufrido, vulnera el principio comunitario de efectividad, en cuanto que esta exigencia de prueba impuesta por el Derecho nacional hacen prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio por parte de los trabajadores públicos de su derecho a la reparación del perjuicio sufrido debido al recurso abusivo por parte del empleador público de sucesivos contratos temporales y con ello, la posibilidad de eliminar las consecuencias de tal infracción del Derecho de la Unión?

O, dicho de otra manera:

Si, a los efectos de acreditar y cuantificar los daños y perjuicios y, específicamente, la pérdida de oportunidad desde empleo o la desprotección, riesgos, inseguridad vulnerabilidad y angustia que toda precariedad conlleva, es conforme con la Directiva 1999/70/CE la jurisprudencia de los juzgados y tribunales españoles que residencia en la víctima del abuso la carga de la prueba a la hora de demostrar unos perjuicios difusos, internos y de indudable dificultad probatoria, como son los relativos a la pérdida de oportunidades profesionales o la desprotección, riesgos, inseguridad vulnerabilidad y angustia que toda precariedad conlleva, en lugar de presumir, como resulta de los apartados 50 a 54 de la STJUE Santoro, de 7 de marzo de 2018, C- 494/16 o del apartado 32 del ATJUE de 12 de diciembre de 2013, Papalia, C-50/13, que si la Administración infractora hubiera organizado unos o más procesos selectivos 21 con la regularidad legalmente exigible, el empleado, víctima del abuso, lo habría superado y no habría padecido».

Nos hemos quedado sin saber la respuesta a la misma ya que, en opinión del tribunal, no había lugar al planteamiento de esta cuestión prejudicial ya que razona:

«Debemos rechazar esta petición, no sólo porque se nos haya hecho tardíamente, sino porque pretende eludir un pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de claridad cristalina, tan evidente en su sentido que ninguna duda puede suscitar, no ya al lector español, sino al de cualquier país de la Unión Europea, por circunscribirnos al ámbito en que se aplica su ordenamiento jurídico y, desde luego, a ningún juez. El Tribunal de Justicia se ha manifestado en el apartado 116 de la sentencia con pleno conocimiento de los términos en que está regulado en España el acceso al empleo público y, en particular, la adquisición de la condición de funcionario de carrera. Y, naturalmente, conoce sobradamente el alcance que se ha de dar al Acuerdo Marco que acompaña a la Directiva 1999/70/CE. Por eso, la claridad manifiesta de sus palabras se hace todavía más evidente y lleva a descartar cualquier incertidumbre».

Discutible opinión del tribunal sobre todo si, como se sabía, ya había sido planteada una cuestión prejudicial por la sala 4ª solicitando que se aclarasen algunos de estos extremos a la que con anterioridad nos hemos referido lo que, cuando menos, indica que la solución no parece tan diáfana como parece desprenderse del razonamiento realizado por la sala 3ª.

2. La posición de la Sala 3ª del Tribunal Supremo: reconducción de la eventual indemnización a la existencia de daños y perjuicios o a lo que establezca la Ley

En opinión del recurrente una mera indemnización por extinción de contrato no era suficiente para alcanzar el objetivo de la cláusula 5, y si se concluyese que la in-

demnización por cese es acorde con la Directiva, en todo caso mantenía que había de ser proporcionada y efectiva para disuadir el empleo del abuso y garantizar la estabilidad en el empleo. De esta forma, defendió que no debía haber topes, como los de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para reducir la temporalidad en el empleo público, y había de ser adecuada e íntegra y compensar la totalidad de los daños entre los cuales habría de incluirse la pérdida de oportunidades de empleo y de ingresos, el lucro cesante, las condiciones de edad y de sexo, y los daños morales inherentes al abuso cuya prueba podría establecerse mediante presunciones.

El Tribunal rechaza dicho planteamiento y mantiene, como sin fisuras lo ha hecho desde 2021, que:

«Y, sobre la indemnización de los perjuicios que puedan haber sufrido quienes hayan sido objeto de nombramientos temporales abusivos, de un lado, hemos recordado que nuestro ordenamiento jurídico no conoce la figura de las indemnizaciones de carácter punitivo que, si bien existe en algunas legislaciones, no es propia de las que se inscriben, como la española, en el llamado sistema continental. Y, de otro, hemos dicho que las pretensiones de resarcimiento por esta causa deben apoyarse en la justificación de los perjuicios efectivamente sufridos [sentencias n.º 1401/2021, de 30 de noviembre (casación n.º 6302/2018) y posteriores, antes citadas]. Naturalmente, la cuantía de la indemnización en las ocasiones en que se considere procedente habrá de corresponderse con la entidad de los daños de toda naturaleza sufridos y que sean imputables al abuso. O, de ser el caso, en la medida en que establezca el legislador».

Es decir, reconduce al instituto de la responsabilidad patrimonial las eventuales indemnizaciones que puedan proceder por dicha circunstancia lo que, como fácilmente se podrá concluir, dificulta, dadas las exigencias que comporta, la obtención de una indemnización.

V. CONCLUSIONES: UN DEBATE TODAVÍA PENDIENTE EN QUE NUEVOS CAPÍTULOS HABRÁN DE SER ESCRITOS

En efecto, si nos detenemos a analizar lo acontecido hasta el momento, me inclinaría a decir que solo estamos ante un punto y seguido ya que, una vez y otra, estos debates se viene reabriendo a golpe de sentencias del TJUE. De hecho, hay varias cuestiones prejudiciales pendientes.

Ciertamente, y si nos referimos a la primera cuestión planteada en este trabajo, la declaración de fijeza en el empleo público, el propio TJUE ha ido formándose criterios y la última sentencia de junio de 2024 puede ser paradigmática en este sentido, pero todavía subsisten algunas dudas que han motivado las distintas cuestiones prejudiciales pendientes.

No menos cierto es, además y para añadir complejidad a este asunto, que existen matices en esta cuestión derivadas del régimen jurídico de aplicación a los empleados públicos: laboral o estatutario y funcionarial. Y es que, como es conocido, el criterio del Tribunal Constitucional se concretó, sin que haya declaraciones posteriores suficientemente elocuentes, en que los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no se aplican a la contratación de personal laboral (STC 38/2007). Y dicha conclusión determinaba que la figura de los contratados laborales indefinidos no fijos, basada en la prioridad de los principios de igualdad, mérito y capacidad, derivaba exclusivamente de una interpretación de legalidad ordinaria y no constitucional, basada en el principio de *lex specialis* que tiene la legislación administrativa respecto a la laboral. Y parece que de ello podría deducirse, por tanto, que el reconocimiento de la fijeza, en el ámbito de los contratados laborales en el empleo público, no produciría un conflicto entre la Constitución y el derecho de la Unión Europea.

En cualquier caso, estamos todavía en una discusión que, a salvo de un pronunciamiento aún más rotundo y clarificador del TJUE, no parece que esté cerca de resolverse. Así, y a pesar de la última sentencia de junio de 2024 de ese Tribunal, pueden encontrarse tanto opiniones favorables a la conversión en fijos de estos empleados públicos como opiniones contrarias⁷. Y es que la jurisprudencia del TJUE, con este tejer y destejer en la temporalidad que dura ya varios años, ha puesto en en jaque los paradigmas que hasta ahora se habían mantenido sin fisuras en el empleo público y veremos si hay que recomponerlos. Habrá que esperar a los siguientes capítulos.

En cuanto a la segunda cuestión planteada ya hemos visto que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo rechaza la idea de que el simple transcurso del tiempo devenga en abuso, en unos casos será una temporalidad regular (artículo 10.1.b y c EBEP) y, en el resto de los casos, deberá atenderse a un juicio casuístico.

Si bien es más que cierto que no se puede ocultar la incidencia que la Directiva 1990/70 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 ha tenido y tiene en el ordenamiento jurídico español, y que se sintetiza en la propia doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dispone que: «las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan, y en su caso sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad; y que las diferencias en el régimen del personal laboral temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin», otra cosa

⁷ Puede verse, a este respecto, las siguientes entradas de destacados laboristas: <https://www.hayderecho.com/2024/06/26/medidas-contra-legem-contratacion-temporal/> y <https://ignasibeltran.com/2024/06/13/stjue-13-de-junio-2024-c%E2%80%9991331-22-y-c%E2%80%9991332-22-generalidad-de-cataluna-la-fijeza-no-puede-exigirse-si-es-contra-legem/>

es que la solución acertada, en nuestro marco constitucional como denunció CANTERO MARTÍNEZ (2024), sea la que se ofreció en febrero de 2024 por el TJUE que, con posterioridad como sabemos, se corrigió en junio de ese mismo año.

Y es que en lo que se refiere a nuestro ordenamiento interno sí que resulta preciso preguntarse si las distintas medidas adoptadas con la Ley 20/2021 hayan dado cabal respuesta a esa problemática. Desde luego no parece que las propias instituciones europeas, que ya se han mostrado en contra, consideren que se haya dado plena satisfacción a esa situación.

Pero es que, además, y como hemos señalado con anterioridad, hoy tenemos más interinos que antes de los procesos de estabilización. Las causas son variadas (y conocidas): la alta tasa de jubilaciones que se están produciendo en el sector público sin que exista planificación alguna para hacer frente a dicha realidad, la larguísima duración de los procedimientos para cubrir de forma definitiva las vacantes, la permanencia del interino por programas (a diferencia del sector privado donde se ha suprimido el contrato de obra o servicio), etc. Pero de ahí a sustituir el principio de mérito por la mera permanencia prestando servicios en el sector público va un cierto trecho que no deberíamos recorrer. Al menos a mí me lo parece sobre todo porque discrepo de la mayor, a saber: que prestar por más de tres años servicios en el sector público constituya un abuso. Es más, y hay que empezar a decirlo, en ocasiones creo que estamos en situaciones de privilegio frente a los trabajadores del sector privado y frente a otros ciudadanos que para sí lo quisieran.

Esa generalización del concepto abuso que luego, en la práctica de estos procesos de estabilización se ha incrementado casi en forma exponencial a todo tipo de situaciones, no creo que haya sido la mejor respuesta que el monumental problema merecía. Si efectivamente pienso que nadie pone en cuestión que algo había de hacerse en los casos en que efectivamente se hubiese cometido un abuso, lo cierto es que esa hipótesis, presente sin duda alguna en determinados sectores del empleo público en ciertas circunstancias donde podía detectarse esa patología de forma más o menos generalizada (sanidad, educación, etc.), no lo era tanto, sin embargo, en otros sectores del sector público en general. Y por ello las soluciones quizás no debían haber sido extrapoladas a todas las Administraciones ni a todas las situaciones de temporalidad existentes. Mucho menos aceptar como una propuesta a considerar que la mera permanencia de más de tres años en el empleo público determine, por sí sola, la conversión en fijo del personal temporal en esa situación como se ha propuesto por alguna formación política y se reivindica insistentemente por las plataformas de interinos.

Pero, en segundo lugar, quizás también habría que repensar la hipótesis de que un 8 % de temporalidad es una situación ideal necesariamente en todos los sectores del empleo público. ¿Estamos seguros de que la Administración que ha de hacer fren-

te a los retos que hoy tiene planteados la sociedad española no requiere mayores índices de temporalidad atendiendo a las riesgos, necesidades cambiantes e imprevistos a los que habrá de hacer frente en un entorno cambiante como el actual o como el que se deriva de Administraciones que abandonen los clásicos paradigmas organizativos pensados para otro tiempo o lugar? ¿Está justificado ese 8 % igual en las distintas Administraciones con funciones y competencias de muy distinta veste?

En fin, que creo que hay darle una vuelta a todo esto. Y es que también resulta lícito que nos preguntemos, como no hace mucho hicieron han hecho algunos autores⁸, si la normativa europea, dictada hace más de dos décadas y representada por el Acuerdo Marco en este supuesto, se adapta al momento actual de disrupción tecnológica y reordenación funcional que implica cambios en la forma y manera de prestación de servicios y en el que el mercado de trabajo atraviesa un periodo de incertidumbre.

Por último, y con relación a la última de las cuestiones planteadas es preciso preguntarnos sobre si satisface la institución de la responsabilidad patrimonial las exigencias de la cláusula 5ª del acuerdo marco. Y es que la cuestión capital, en este tercer aspecto, no es otra que la de determinar si las medidas que se adopten para evitar el abuso en la temporalidad han de ser suficientemente disuasorias como para evitar que esta vuelva a producirse. Esta y no otra es la cuestión y el desvío de ese objetivo es el que nos trae en jaque.

Reiteremos, asimismo, que el propio Tribunal Supremo ha desestimado la posibilidad de que esa medida pueda consistir en la declaración de fijeza por imperativos constitucionales, ni que tampoco acudir a la normativa laboral sea posible ya que no existe identidad de razón (STS de 22 de febrero 2023, rec.3841/2021), sin que, por otro lado, reconocer el derecho a la subsistencia de la relación de empleo, con los correspondientes derechos profesionales y económicos, hasta que la vacante que desempeñaba sea cubierta por un funcionario público mediante los correspondientes procesos selectivos y de provisión de puestos de trabajo o hasta que se amortice, parezca suficiente a tenor de esa jurisprudencia ya que dicha consecuencia, que se limita a mantener la situación anterior al cese, no es una medida disuasoria en la medida, además, en que la misma solo procede cuando el cese no sea ajustado a derecho obviando, de esta forma, la penalización del abuso (STS de 26 de septiembre de 2018, rec.1305/2017).

Y al respecto, basta aludir, como el propio TJUE realiza en la sentencia de 13 de junio de 2024 (C-331/22 y C-332/22), a los siguientes razonamientos:

⁸ <https://www.hayderecho.com/2021/07/06/la-temporalidad-enquistada-en-el-empleo-publico-la-temporalidad-futura-como-problema-institucional/>

«los principios de proporcionalidad y de reparación íntegra del perjuicio sufrido, debe interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia y a una normativa nacionales que contemplan como medidas para sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, respectivamente, el mantenimiento del empleado público afectado hasta la convocatoria y resolución de procesos selectivos por la Administración empleadora y la convocatoria de tales procesos y el abono de una compensación económica con un doble límite máximo en favor únicamente del empleado público que no supere dichos procesos, cuando esas medidas no sean medidas proporcionadas ni medidas suficientemente efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en virtud de dicha cláusula 5».

Pues bien, si esto es así no parece, y no veo otra solución más factible, sino que necesariamente haya de concluirse que la única salida viable sea establecer una indemnización adecuada y suficiente a fin de evitar que esas situaciones hayan de producirse. Y además creo que la solución no puede venir de ofrecer alternativas distintas en el ámbito laboral y administrativo. Los abusos, de existir, no parece que debieran distinguirse por el distinto régimen jurídico de la relación de empleo.

Llámesese sancionadora o llámesese de otra forma dicha indemnización lo cierto es que las exigencias que el instituto de la responsabilidad patrimonial comporta como respuesta al abuso de la temporalidad no parecen adecuarse al sentido y finalidad que se derivan de la cláusula 5ª del acuerdo marco. Una indemnización, que al parecer es la única medida que podría articularse dado el callejón sin salida en que parece que estamos instalados, ha de compensar necesariamente los efectos adversos que el abuso produce, cuando exista eso sí, pero también pienso que de la jurisprudencia del TJUE no se desprende en forma necesaria que se haya de probar la existencia de un perjuicio sino que lo que se sanciona es en sí mismo el abuso para prevenirlo como se ha razonado, a mi juicio con acierto, por algún autor⁹.

El legislador o las salas 3ª y 4ª habrán de dar una vuelta a esta cuestión. No vendría mal ya que, por ahora, se impone la espera hasta que la cuestión prejudicial planteada por la sala 4ª se resuelva. Y cuando se produzca la resolución a esa cuestión ya veremos porque también hemos esperado en otras ocasiones soluciones a esta cuestión del TJUE, como si de este dependiera ofrecer la solución que solo a nuestros órganos legislativos o judiciales corresponde, y luego como consecuencia de ello hemos seguido con dudas y más dudas.

⁹ <https://ignasibeltran.com/2023/03/09/la-administracion-no-puede-ser-condenada-a-una-indemnizacion-sancionadora-por-abuso-en-la-temporalidad-una-valoracion-critica-sts-c-a-22-2-23/>

VI. BIBLIOGRAFIA

- BOLTAINA BOSCH, X., *Los procesos selectivos de estabilización del empleo público temporal. Comentarios a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de reducción de la temporalidad y normas de desarrollo*, Bomarzo, 2022.

- BOLTAINA BOSCH, X., «La reducción de la temporalidad en el empleo público local: la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, y su aplicación a la Administración y sector público local durante 2022 y 2023», *Anuario de Derecho Municipal*, n.º 16, 2023, pp. 141-177.

- CANTERO MARTÍNEZ, J., *Temporalidad y estabilización en el empleo público*. Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

- CANTERO MARTÍNEZ, J., «El acceso al empleo público laboral en la encrucijada», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 235, 2024.

- FUENTETAJA PASTOR, J., «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*, n.º 212, 2020, pp. 201-230.

- ROQUETA BUJ, R., *Los procesos de estabilización y consolidación de empleo temporal en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, 2022.