

ESTUDIO

CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL IRREGULAR EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *EL RAYO QUE NO CESA. A PROPÓSITO DE LAS REFORMAS DE 2021 Y LA JURISPRUDENCIA DEL TS: DESDE EL INDEFINIDO NO FIJO AL FIJO*

Antonio Costa Reyes

T.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba.

1. Breve referencia crítica a la problemática de la temporalidad en el empleo público (laboral). 2. La vigencia del indefinido no fijo (INF) y su questionable ajuste a la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada. 2.1. Origen y pervivencia a futuro de la figura del INF pese a las reformas de urgencia para la reducción de la temporalidad en el empleo público. 2.2. El INF y las exigencias de la Directiva 1999/70/CE. 3. La situación de quien superó un proceso selectivo de acceso al empleo público. 3.1. Proceso selectivo para una plaza indefinida-fija. 3.2. Proceso selectivo para una plaza temporal. 4. Conclusiones.

1. BREVE REFERENCIA CRÍTICA A LA PROBLEMÁTICA DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO (LABORAL)

Pocas explicaciones exigirían la calificación como insostenible de la situación de la contratación temporal en la Administración, donde la pasividad del legislador y una permisividad más que generosa de nuestros tribunales han favorecido -o, desde luego no ha contribuido a evitar- una actuación irregular en esta materia (sea en términos de fraude o de abuso). Situación a la que, hasta hace pocos años, nos habíamos acostumbrado. Sin embargo, que sea un fenómeno que lleve años instalado en nuestro ordenamiento, no dejaba de producir “perplejidad” por lo que de incoherente tiene respecto a los propios objetivos de servicio público¹.

A mi modo de ver, y de manera general, el problema responde en gran medida a dos factores, por un lado, una normativa administrativa sobre empleo público en exceso compleja y desfasada, poco amiga de las exigencias y el dinamismo que reclama la gestión de personal en la actualidad (no solo en materia de acceso, sino muy particularmente de gestión interna) y, por otro lado, un incumplimiento sistemático de la misma, pero donde nadie responde por dicha inobservancia, porque en la práctica tampoco tiene consecuencia alguna para quienes son responsables de velar porque se actúe lícitamente en este campo.

¹ FALGUERA BARÓ, M.A., “De nuevo sobre la contratación temporal en las Administraciones públicas: un intento de análisis casuístico (y una defensa del derecho del trabajo) tras las recientes reformas legales”, RDS, 86/2022, p. 85. Y es que, pese a la “perplejidad” que esta situación dice provocarle también al Alto Tribunal (*v.gr.*, STS de 12 de mayo de 2022 (rec. 6712/2020), F.J. Cuarto. A), no debe desconocerse que también su doctrina, altamente permisiva en demasiados momentos con la temporalidad, ha contribuido a esta situación.

Al igual que históricamente ocurría en el ámbito privado con la llamada “cultura de la temporalidad”, los contratos de duración determinada se han utilizado en demasiadas ocasiones en la Administración como una mala vía de flexibilidad (eludiendo las limitaciones que impone la RPT -ante la complejidad de los cambios en la misma-, o ciertas restricciones presupuestarias, las dificultades en la movilidad, etc.)². Práctica favorecida, como decimos, por una excesiva admisión (también judicial) de las causas que la justificasen y por un limitado alcance de las consecuencias de su uso o, incluso, de su abuso e irregularidad (en términos tanto puramente indemnizatorios como de responsabilidad y sanción del incumplidor)³.

No es de extrañar, por tanto, que la tasa de temporalidad en el sector público, pese a las reformas propias y generales de la contratación de duración determinada, apenas baja y se sitúa por encima del 30%, 18 puntos por encima del sector privado, que sí está ajustándose a lo que exigen tales cambios normativos⁴.

Por todo lo cual defendemos que es precisa una visión de conjunto de los problemas y dificultades que el ordenamiento administrativo plantea con relación a la gestión del personal público, de modo que responda a los consabidos principios de eficacia en la prestación de los servicios públicos y de eficiencia en el uso de los recursos económicos de todos⁵.

Es evidente que la ausencia de una actuación decidida y contundente sobre el tema por parte del legislador ha implicado un excesivo protagonismo de los tribunales, también por lo que de correcciones dentro de la tutela multinivel está suponiendo el TJUE, al punto de poder afirmarse que el ámbito comunitario ha sido el detonante de que nuestra situación no admita más demora y, con ello, que se exija a nuestro Derecho interno -y a su interpretación judicial-, un verdadero replanteamiento⁶.

Ciertamente, frente a tal pasividad del legislador, la jurisprudencia ha pretendido salvaguardar -los principios de acceso- al empleo público de las consecuencias que en el ámbito privado se derivan de la contratación temporal irregular sustantiva o abusiva. No obstante, y pese a ese ímprobo y plausible esfuerzo inicial de nuestro Alto Tribunal, creemos, como pretendemos poner de manifiesto aquí, que en algunas ocasiones se empieza a percibir un exceso de celo por su parte, pues parece

2 COSTA REYES, A., “Contratos temporales causales. Análisis del art. 15 LET para un contexto de posible (y necesaria) reforma”, AA.VV. (Garrido Pérez, Coord.), Análisis actual de la contratación laboral: XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales; CARL, pp. 24 y ss.

3 También, MOLINA NAVARRETE, C., “Contratación temporal en la administración Pública: una continua anomalía Jurídica, ¿gerencialmente útil?”, AA.VV., *Las modalidades de contratación laboral. Libro Homenaje al Profesor Francisco J. Prados de Reyes*; CARL, 2018, pp. 384 y ss.

4 Vid., Gabinete Económico de CCOO, *Informe De Coyuntura. Encuesta De Población Activa (4º TRIMESTRE DE 2022 -enero 2023- y 1º TRIMESTRE 2023 -abril 2023-)*.

5 DÍAZ AZNARTE, M.T., “El personal interino en la Administración Pública. Las dificultades para avanzar en la racionalización de la contratación temporal en el empleo público”; AA.VV., *Las modalidades de contratación laboral. Libro Homenaje al Profesor Francisco J. Prados de Reyes*; CARL, 2018, p. 404.

6 CASAS BAAMONDE, M.E., Informe “*Temporalidad de las prestaciones de servicios para las Administraciones Públicas. Situación, escenario normativo y alternativas*”; EJASO-ETL, 2021, pp. 15-17.

encerrarse en una especie de autorreferencia normativa interna que no atiende a las exigencias comunitarias. Como veremos, la actitud del Alto Tribunal en esta materia contrasta con otras situaciones en las que, ante el continuado silencio del legislador, ha considerado ese mutismo como un dato relevante de que no le correspondía a la jurisprudencia crear soluciones no previstas en la norma⁷.

No desconocemos que el legislador, al menos en apariencia, ha intentado en algunas ocasiones poner algunos límites a tales irregularidades sustantivas y abusos, pero con medidas tan laxas que pronto evidenciaron su insuficiencia para contener mínimamente el problema (v.gr., arts. 10, 12 y 70 LEBEP 7/2007, o art. 9.5 y .3 *in fine* Ley 55/2003)⁸. Y en esta línea, entendemos que tampoco la más reciente normativa para la reducción de la temporalidad en el empleo público aprobada desde 2021 (RD-L 14/2021 y Ley 20/2021) ha afrontado una solución definitiva, al menos parcialmente (respecto a la cuestión de la contratación laboral), por lo que, a la postre, creemos que volverán a plantearse los problemas de irregularidades sustantivas en la contratación temporal y, con ello, el inadecuado protagonismo judicial en la construcción del régimen jurídico del llamado indefinido-no fijo (INF). Como trataremos de explicar, no nos parece acertada la afirmación de que “el trabajador indefinido no fijo es una figura que desaparecerá de forma progresiva por la confluencia de (las) dos medidas complementarias previstas en las reformas de 2021”⁹, a saber, de un lado, la “compensación” a la que se refiere la DA 17^a LEBEP para los casos de incumplimiento del plazo máximo de vigencia del contrato temporal y, de otro, el “macroproceso de estabilización de empleo público temporal para regularizar la situación” de abuso de temporalidad (art. 2 Ley 20/2021) -donde también se contempla una “compensación” para el trabajador que venía ocupando una plaza que, tras el proceso extraordinario de cobertura al que se presentó, finalmente no obtiene¹⁰. Volveremos sobre todo ello.

⁷ V.gr., el caso de la (no) ampliación del permiso de maternidad en los casos de familias monoparentales, STS de 2 de marzo de 2023 (rec. 3972/2020). Un breve comentario sobre la misma, resaltando lo acertado de la contención judicial al objeto de evitar “un claro vicio de jurisdicción, de peligros gobierno de los jueces”, MOLINA NAVARRETE, C., “El «bamboleo» de la perspectiva de género (y de infancia) en la reciente jurisprudencia ¿se puede compensar el «daño de maternidad» (incluso monoparental) a través de la Seguridad Social sin su judicialización total?: Con ocasión de las Sentencias del Tribunal Supremo 111/2023, de 8 de febrero, 167/2023, de 27 de febrero, y 169/2023, de 2 de marzo”; RTSS-CEF, 474/2023: especialmente, pp. 191, 197 y 198.

⁸ CASAS BAAMONDE, M.E., Informe “Temporalidad...; cit., pp. 7 y 10 y ss.

⁹ ROQUETA BUJ, R., “Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las Administraciones públicas”; Labos, Vol. 4, No. 1, 2023, pp. 118 y ss.

¹⁰ Sobre tal “macroproceso”, hay que recordar el “olvido” del legislador a la hora de incluir en INF en las normas sobre estabilización, pese a lo cual no parece que ello implique quienes así hubieran sido declarados, sobre el tema, ROQUETA BUJ, R., “Problemas vinculados...; cit., y TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La evolución de la relación de empleo con el personal indefinido no fijo: reflexiones tras la aprobación de la Ley 20/2021, de reducción de la temporalidad en el empleo público, y del RDL 32/2021, de reforma laboral”; AA.VV. (Garrido Pérez, Coord.), Análisis actual de la contratación laboral...; cit.. En todo caso, el propio Gobierno lo ha afirmado expresamente en la Resolución de la Secretaría de Estado de función pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público de 01/04/2022 (orientación 1.5).

Pero no es objeto de este trabajo analizar la referida normativa de urgencia para la reducción de la temporalidad en el empleo público aprobada desde 2021 (RD-L 14/2021 y Ley 20/2021), sino, más limitadamente, constatar su insuficiencia y, con ello, afirmar que se mantienen las razones que justificaron el INF, para, precisamente por ello, analizar a la luz de las exigencias comunitarias algunas sentencias en torno a la misma que pretenden matizar y aclarar el distinto tratamiento que en ellas se da a las diversas situaciones de irregularidad sustancial en función de la propia situación del trabajador afectado cuando superó alguna prueba para el acceso al empleo público.

2. LA VIGENCIA DEL INDEFINIDO NO FIJO (INF) Y SU CUESTIONABLE AJUSTE A LA DIRECTIVA 1999/70/CE SOBRE EL TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

2.1. ORIGEN Y PERVIVENCIA A FUTURO DE LA FIGURA DEL INF PESE A LAS REFORMAS DE URGENCIA PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

Como sabemos, y no sin un largo, complejo y cambiante escenario judicial sobre el tema¹¹, ha terminado asentándose en la práctica el denominado contrato INF, creación judicial que pretende resolver la aparente contradicción entre las consecuencias laborales ante tal ilicitud en la temporalidad (consideración como indefinido-fijo), y las reglas que rigen en materia de empleo en el sector público en general¹².

En este sentido, debe recordarse que la consecuencia de considerar como indefinido-fijo que reclama el ordenamiento laboral respecto a ciertos incumplimientos en materia de contratación temporal, no casa, *a priori*, con “interés general relevante” (ATC 124/2009) al que sirven los principios que deben presidir el acceso al empleo público (arts. 14, 23.2 y 103.3 CE: igualdad, mérito y capacidad, concurrencia, etc.); o más acertadamente, de las normas ordinarias que lo regulan¹³. Ciertamente, “el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el

11 FUENTETAJAS PASTOR, J., *Función Pública y Derecho Europeo*; Civitas-Thomson Reuters, 2018, pp. 295 y ss., quien recuerda que no estamos como tal ante una nueva modalidad contractual, sino ante una “posición subjetiva” del contratado. Un resumen de los inicialmente diversos posicionamientos jurisprudenciales sobre las consecuencias del fraude en la contratación temporal en la Administración Pública; en CASTILLO PARDO/PEÑA OBIOL, “La controvertida evolución jurisprudencial en torno a las irregularidades en la contratación laboral temporal concertada por la Administración Pública”; T.S., nº 127, 2001.

12 Entre otras muchas, por reciente, STS 9 de septiembre de 2021, rec. 1313/2020. Sobre el tema, PÉREZ GUERRERO, M.L., *El futuro de los trabajadores indefinidos no fijos: una puerta hacia la estabilidad*; Thomson Reuters-Aranzadi, 2022: 37 y ss. Sobre la evolución jurisprudencial en la materia, *vid.* LLUCH CORELL, F.J., “Contratación laboral temporal por la Administración Pública”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 14/2005 (Tirant online TOL599.800). La artificiosidad de la creación judicial de la diferencia del *indefinido* frente al *fijo* fue criticada desde sus orígenes, no sólo por la doctrina, sino en la propia sentencia, a través del correspondiente voto particular; MERCADER UGUINA, J.R., *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*; Tirant lo Blanch, nº 76, 1999, pp. 149-151.

13 STC 86/2004, de 10 de mayo.

mérito y la capacidad con el acceso a la función pública no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública”, como han hecho el art. 55 y la DA 1^a LEBEP (esta última, precisamente por remitirse al art. 55, ha ampliado el ámbito de aplicación de dichos principios no solo a las Administraciones públicas y a las entidades de derecho público sino también a cualesquiera entidades del sector público); y sobre tal base normativa, “evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo (...). Se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público (...)”¹⁴.

Sin duda, como decimos, dicha figura permite proteger el régimen de acceso al empleo público, pues lo contrario (admitir automáticamente la transformación en indefinido-fijo del contrato temporal irregular o abusivo), terminaría por cuestionar y limitar el alcance de la norma constitucional y/o legal relativa a la forma y principios de cobertura de tales plazas¹⁵.

Pero como adelantábamos en el apartado anterior, este problema y, por tanto, la figura del INF no va a desaparecer a futuro con las previsiones contenidas en la reforma de urgencia de 2021 (particularmente, de lo dispuesto en su art. 2 y de la renovada DA 17^a LEBEP), entre otras razones, porque, como ahora veremos, no puede entenderse que la misma excluya la aplicación de la legislación laboral (ni tan siquiera se deduce en combinación con el art. 7 LEBEP).

En efecto, como podemos observar, a futuro, dicha DA 17^a LEBEP solo contempla al respecto dos supuestas medidas: una, la nulidad de toda decisión (acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria o medida para la aplicación de la misma) que sea contraria a la exigencia de ajustarse a la vigencia máxima del contratado temporalmente, y dos, la referida “compensación”. Sobre esta última, señala que “en el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado”; previsión que, según diversos autores, parece querer saldar tal incumplimiento con la referida compensación y, con ello, obviar la aplicación de los efectos y consecuencias previstos en la normativa laboral específica (consideración como indefinido-no fijo)¹⁶.

No podemos compartir esa idea de que el legislador ha excluido las consecuencias laborales ante los incumplimientos en materia de contratación temporal, ni

¹⁴ Entre otras muchas, SSTS (Pleno) de 18 de junio de 2020 (rec. 1911/2018), de 2 de julio de 2020 (rec. 1906/2018), de 19 de octubre de 2021 (rec. 2940/2020) o de 24 de noviembre de 2021 (rec. 4280/2020). Dichos principios permitieron en su momento, incluso, declarar nula la cláusula de estabilización de empleo temporal prevista en el convenio aplicable a una empresa pública (RTVA); STS, de 13 de noviembre de 2007 (rec. 3/2007).

¹⁵ FUENTETAJA PASTOR, J., *Función Pública y Derecho Europeo*; cit., p. 258.

¹⁶ Por todos, GÓMEZ CABALLERO, P., “El régimen de contratación laboral en el sector público en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”; Temas Laborales, 161/2022, pp. 442-443.

tan siquiera en el supuesto expresamente mencionado (la extralimitación en la vigencia máxima del contrato temporal). Mis razones serían las siguientes:

Primera, porque en ningún momento se niega la aplicación de la regulación laboral específica y, particularmente, la consideración como indefinido que ahí se prevé para los casos de incumplimiento o abuso de la contratación temporal (arts. 15 y 49.c LET -DA 15^a LET-). Es más, como se infiere de la propia DA 17^a LEBEP, entendemos que lo que se presupone es más bien la aplicación de la normativa laboral, pues así se señala expresamente para el caso de no aceptar la mera compensación (porque ésta se reconoce “sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica”). En todo caso, debemos concluir que, a falta de expresa previsión en contra, difícilmente podría aceptarse que las AAPP puedan extinguir la relación temporal extralimitada -cuando estimasen y- sin tener que alegar causa alguna porque, uno, al superarse el plazo de vigencia máxima del contrato temporal y seguir prestándose los servicios, ya no cabría aducirse para su extinción el art. 49.1, c) LET, sino que habría que acreditar la naturaleza temporal de la prestación. Y al respecto, parece claro que, para marcar la frontera entre la necesidad contingente y la permanente, el art. 15 LET acude a un factor objetivo, como es el tiempo en que persisten esas circunstancias o su reiteración, de modo que no se admitiría para necesidades empresariales que, aunque aparente y formalmente temporales, se extiendan más allá de ese plazo. Dos, porque aceptarlo sería tanto como admitir la posibilidad de resolución *ad nutum* o, más acertadamente, la novedad del contrato temporal ex art. 15 LET en una especie de contrato temporal sin causa o bajo condición resolutoria, positiva y potestativa (la mera voluntad de la empleadora, que podría demorarlo hasta que libremente lo decidida). Obviamente, ninguna de estas posibilidades está prevista y, además, sería totalmente contrario a los objetivos y letra de la Reforma laboral del RD-L 32/2021¹⁷. Y en esta línea, tres, cabe añadir que una interpretación como la que estamos criticando sería claramente incoherente respecto a lo pretendido con las referidas reformas de urgencia para la reducción de la temporalidad en el empleo público, ya que supondría otorgar un nuevo privilegio para el incumplidor de la norma (AAPP), quien ahora se vería con la ventaja de no tener que asumir las consecuencias de su mal actuar que en este ámbito ya le venía imponiendo la jurisprudencia la jurisprudencia (tanto respecto al procedimiento como a la cuantía indemnizatoria para los casos de extinción del contrato temporal irregular -y que analizamos más adelante-), las cuales, siendo más graves que la mera compensación ahora prevista, no han sido suficientemente disuadoras como para evitar que las AAPP sigan incumpliendo. En otras palabras, no parece razonable una lectura del precepto que venga a “dar más gasolina al autor del incumplimiento sistemático de la normativa sobre contratación temporal.

¹⁷ En extenso, COSTA REYES, A., “La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021”; RTSS-CEF, 467/2022, pp. 45 y ss.

Segunda, y como hemos adelantado, la DA 17^a LEBEP no impone la extinción automática de la relación temporal una vez superado el plazo máximo de vigencia, por lo que el trabajador afectado continuará prestando sus servicios (como además se infiere del hecho de que la compensación por la extinción solo “nacerá a partir de la fecha del cese efectivo”)¹⁸. Es de interés observar en este sentido que, respecto del personal laboral, ni tan siquiera existe una previsión similar a la del art. 10.4, 2º LEBEP (funcionarios interinos), la cual pudiera hacer pensar en la existencia de una extinción “automática” al superarse el plazo máximo¹⁹.

En consecuencia, si superada la vigencia máxima no hay causa que justifique la contratación temporal, la relación que el trabajador afectado mantiene entonces con la AAPP empleadora no puede ser catalogada como tal, sino de indefinida (*ex LET*) o, como hasta ahora, de ese híbrido o *tertium genus* (no muy ajustado, dicho sea de paso, a la visión dicotómica temporal/fijo-indefinido puesta de manifiesto por el TJUE) que es el INF²⁰. Y frente a tal conclusión no puede esgrimirse que tal extinción automática derivaría de la nulidad de “todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria” que suponga el incumplimiento de esos plazos máximos (DA 17^a LEBEP, apartado.3), pues la superación del plazo máximo de vigencia se provoca más bien por omisión (extinguir el contrato *ex art.* 49.1, c LET), y, en todo caso, la nulidad de tal medida que supone dicho incumplimiento no implica la de la relación laboral a la que afecta.

Y tercera razón para oponernos a esa lectura que excluye la aplicación de la norma laboral; porque, en todo caso, tanto la referida nulidad como la “compensación” contenida en la DA 17^a LEBEP se refiere tan solo a uno de los múltiples supuestos por los que un contrato temporal irregular puede devenir indefinido (superar el plazo máximo de vigencia²¹). En otras palabras, no se entendería

18 También, GÓMEZ CABALLERO, P., “El régimen de contratación...”; cit., p. 444.

19 Dicho lo cual, creemos que este último precepto tampoco impone el cese automático al alcanzar ese plazo, sino que se limita a proclamar “el fin de la relación de interinidad”, lo que no debe entenderse como que el trabajador cesa en ese momento, pues de otro modo no se entiende que la DA 17^a LEBEP señale también en este caso que la “compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo”. En otras palabras, más bien parecería precisamente abonar la idea de que lo que cambia es el tipo de relación o posición subjetiva del trabajador afectado con la AAPP empleadora.

20 De esta opinión, también, FALGUERA BARÓ, M.A., “De nuevo sobre la contratación temporal...”; cit., p. 99. Véase Voto particular de SEMPERE NAVARRO a la STS 25 de noviembre de 2021, rec. 2337/2020.

De opinión contraria, considerando que, tras la Ley 20/2021, no cabe la calificación del INF, sino que la solución sería la extinción automática, ya que en este caso “se estaría describiendo una causa *ex lege* de ineeficacia contractual sobrevenida”; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “La temporalidad laboral en las Administraciones Públicas tras las reformas de 2021”; RDS, 97/2022, pp. 61, 63 y 64. En esta línea, CIALTI, P-H., “Las reformas laborales de 2021 y el personal laboral sustituto por vacante en el sector público”; Trabajo y Derecho, 99/ 2023 (Smarteca), y con algunas dudas, TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La evolución de la relación de empleo...”; cit., pp. 442 y 443.

Recuérdese que, pese a la titubeante jurisprudencia inicial en esta materia, el TS (por todas, STS de 28 de junio de 2021, rec 3263/2019), ha terminado por admitir la conversión automática a INF de superarse el plazo máximo legal para la cobertura de la vacante (solución condicionada en gran medida por la doctrina del TJUE, particularmente, STJUE 03/06/2021, C-726/19).

21 BOLTAINA BOSCH, X., “La clasificación de los empleados públicos tras la Ley 20/2021 de reducción del empleo público y el RD-Ley 32/2021 de reforma del mercado de trabajo”; Anuario IET de trabajo y relaciones laborales, Vol. 8, 2022, p. 89.

que solo se pretenda impedir la consideración como indefinido para uno de los casos de irregularidad sustantiva, pero no para el resto de causas por las que hasta ahora también podría declararse INF (*v.gr.*, fraude o encadenamiento de contratos temporales -DA 15^a en relación al art 15.5 LET²²). Y abundando en esta cuestión, no olvidemos que además de tales irregularidades o abusos, existen otras situaciones en los que un trabajador podría terminar considerado como INF (*v.gr.*, cesión ilegal)²³.

Por tanto, concluimos, en cualesquiera supuestos que, conforme a la legislación laboral, la irregularidad en la contratación temporal implique su consideración como indefinido (también a nuestro modo de ver, para el caso de que el contrato se extendiera más allá de la vigencia máxima), la figura del INF seguirá manteniendo su total actualidad y, con ello, su confuso régimen jurídico, construido “a golpe de sentencia”. En efecto, cuando el legislador no interviene ante cuestiones de esta complejidad para dar una respuesta completa y ni tan siquiera asume la regulación de dicha figura creada jurisprudencialmente, el resultado no puede ser más que una continua intervención judicial que termina por generar cambios, matizaciones o correcciones derivadas, precisamente, de la multitud de cuestiones que se abren sobre el régimen aplicable al INF²⁴.

2.2. EL INF Y LAS EXIGENCIAS DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE

Como acabamos de explicar, parece evidente que la figura del INF va a mantenerse en el tiempo, de ahí que lo que en este apartado pretendamos es analizar, al objeto de abordar posteriormente la última parte de este estudio, si en nuestro ordenamiento existen medidas conformes a la Directiva para evitar y/o sancionar el abuso de la contratación temporal en las AAPP y, en particular, si el INF es una solución acorde a tales exigencias comunitarias.

Pero antes de continuar queremos dejar patente que no desconocemos que la norma comunitaria solo obliga a los Estados miembros a adoptar medidas de prevención/sanción cuando estamos ante abuso por contratos temporales sucesivos, es decir, que las mismas no se plantean para cualquier irregularidad, aun grave, en la contratación temporal o para cuando estamos ante un único contrato de duración determinada (aunque el mismo cubra necesidades permanentes y duraderas de la empresa)²⁵. Sin embargo, creemos que es de interés tal análisis

22 GÓMEZ CABALLERO, P., “El régimen de contratación...; cit., pp. 438-439.

23 Por todas, SSTS 17 de septiembre de 2002 (rec. 3047/2001) y 8 de febrero de 2022 (rec. 5070/2018).

24 También MOLINA NAVARRETE, C., “Contratación temporal...; cit., pp. 389-390 y 398. Algunas cuestiones, en ROQUETA BUJ, R., “Problemas vinculados...; cit.

25 Aunque sí están cubiertos como tales por los objetivos generales de la Directiva, por ejemplo, en la aplicación del principio de no discriminación (Cláusula 4); por todas, STJUE, 23/04/2009 (C-378/07, C-379/07 y C-380/07), § 108-121. Con todo, no debe desconocerse que, ante la imprevisibilidad de la finalización del contrato temporal y una duración inusualmente larga, se ha planteado si tal relación debe recalificarse como contrato fijo, STJUE 05/06/2018 (C-677/16), §64.

y sus conclusiones porque las consecuencias que se puedan derivar para el caso de sucesión abusiva (*v.gr.*, admitir la consideración como fijo en la Administración), harían francamente difícil sostener una solución distinta respecto a otras irregularidades sustantivas en la contratación temporal (fraude en la causa, superación del plazo máximo de vigencia, etc.)²⁶, por cuanto que la razón de ser del INF (y no el indefinido-fijo) es en todas ellas la misma: los principios que rigen el acceso al empleo público.

Comienzo subrayando lo ya explicado en el apartado anterior: en origen, el INF fue una solución de nuestro Alto Tribunal para resolver la aparente contradicción señalada respecto a los principios que rigen el Derecho del trabajo y el administrativo (y, en su caso, constitucional), y no para ajustar las situaciones de abuso de temporalidad en la AAPP a los aspectos afectantes a la Directiva 1999/70/CE. Se entiende así que tal figura se utilizara como solución general a cualesquiera casos de incorporación de un trabajador a la plantilla de las AAPP fuera de los procedimientos legalmente establecidos para la cobertura de plazas²⁷.

Sea como fuere, una vez exigible el efecto útil de la referida Directiva, nos encontramos que, frente a la solución general que la legislación laboral específica prevé frente al abuso o la rotación de la contratación temporal (consideración como indefinido-fijo, *v.gr.*, art. 15.4 y 15.5), con aquella jurisprudencia se daba una solución distinta en el ámbito público y privado a tales abusos -e irregularidades sustantivas- en materia de contratación temporal, pues en aquél se prevé el referido INF.

Dicha solución no tendría por qué ser contraria a la Directiva 1999/70/CE, por cuanto que la misma “no se opone, como tal, a que el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público”, ni impone a los Estados miembros una obligación general de transformar los contratos temporales en indefinidos²⁸. No obstante, también debe recordarse, esa conversión

²⁶ ROMERO BURILLO, A.M., “El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla”; Actualidad Laboral, 6/2014 (LA LEY 2992/2014).

²⁷ *V.gr.*, la ya referida cesión ilegal de trabajadores -STS de 17 de diciembre de 2002, rec. 3047/2001 y de 11 de noviembre de 2003, rec. 3898/2002). No obstante, y pese a la vacilante doctrina judicial al respecto, el Alto Tribunal ha excluido finalmente esta figura en los supuestos en los que el trabajador se incorpora a la plantilla como consecuencia de la subrogación en el personal derivada, por ejemplo, de la reversión de contratas, ya que en estos casos, en aras a ser respetuosos con la Directiva 2001/23/CE sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas o centros de actividad, debe mantenerse el tipo de contrato original del trabajador (sin que quepa, por tanto, considerarlo como INF, precisamente, porque debido a su carácter de no-fijo, podría implicar un perjuicio para los trabajadores subrogados que sí lo son), por todas, STS de 28 de enero de 2022 (rec. 3781/2020). Explicando la diferencia entre ambas situaciones, STS de 8 de febrero de 2022 (rec. 5070/2018). Con todo, alguna sala de Suplicación (STS Baleares, num. 78/2020 de 17 marzo) ha considerado, sobre la base de tal Directiva (y la STJUE de 13 de junio de 2017, C-317/18) que “igualmente las consecuencias establecidas en el artículo 43 ET no pueden verse afectadas por el hecho de que la empresa cesionaria” pertenezca al sector público.

²⁸ STJUE 7 de marzo de 2018 (C-494/16), §32-33, 42 y 46.

en indefinido-fijo es una solución posible, e incluso exigible, cuando no existen otras medidas para evitar el abuso de la temporalidad (Cláusula 5.2 Directiva)²⁹. En ausencia de las mismas, solo cuando tal conversión no estuviera permitida por una norma interna se podría hablar de la imposibilidad de una interpretación judicial que la imponga, pues de no ser así, como bien sabemos, el TJUE ha declarado que la exigencia de *interpretación conforme* incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia si ésta se basara en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva³⁰.

Pues bien, y como hemos intentado explicar en el apartado anterior, nada nos hace pensar que no puedan seguir produciéndose tales abusos -o las irregularidades sustantivas- tras la Ley 20/2021 (DF 17^a LEBEP), por lo que la pregunta es si en el ámbito del empleo público disponemos de medidas ajustadas a la Cláusula 5 Directiva. La cuestión no es nueva, porque, como sabemos, el Tribunal de Luxemburgo lo viene planteando desde hace tiempo. En concreto, ha preguntado a nuestros tribunales que verifiquen si alguna de las siguientes medidas permite cumplir con lo exigido por la Directiva 1999/70/CE (prevenir el abuso o, al menos, sancionadoras del mismo)³¹: a) el desarrollo de procedimientos para la cobertura definitiva de las plazas; b) el reconocimiento de una indemnización como la prevista para el despido improcedente; y, finalmente, c) la consideración como indefinido no fijo del contrato de quien sufre tal abuso.

Y a nuestro parecer, no se dan los elementos para considerar que se cumple con las dos primeras medidas, pues tampoco la Ley 20/2021 ha garantizado el desarrollo de esos procedimientos, ni prevé una indemnización que cumpla la función que exige la Directiva. No otra consecuencia puede extraerse de dicha reforma de urgencia para la reducción de la temporalidad en el empleo público ya que la misma se limita a fijar, por un lado y respecto a la primera (a), unas medidas que entendemos insuficientes tanto a futuro como respecto a las situaciones de pasado. En efecto, y refiriéndonos al “macroproceso de estabilización de empleo público temporal para regularizar la situación” de abuso de temporalidad (art. 2 Ley 20/2021), el mismo solo pretende resolver, en su caso, situaciones abusivas o irregulares del pasado, por lo que la solución que contiene ni tan siquiera se mantiene como medida, en todo caso, para los (nuevos) casos de abuso -o irregularidad sustantiva-. Pero más allá de esta cuestión temporal, cabe advertir que para que esta medida fuera reparadora del abuso (en términos de la Directiva), sería exigible que la misma se reservara para los trabajadores afectados por el

29 STJUE 3 de junio de 2021 (C-726/19), §49 y 73. CASAS BAAMONDE, M.E., Informe “Temporalidad...”; cit., p. 29. Sobre la pertinencia del principio de efectividad (y no tanto el de equivalencia) para aplicar tal consecuencia en el ámbito el empleo público; FUENTETAJA PASTOR, J.A., “La utilización abusiva de los funcionarios interinos ante el derecho europeo: entre la transformación en funcionarios de Carrera y el derecho a indemnización”, Revista de Administración Pública, 212/2020, pp. 220 y ss.

30 Por todas, STJUE, de 19 de abril de 2016 (C-441/14).

31 Por todas, STJUE de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18).

abuso o, al menos, que garantice una preferencia general a quien lo sufrió³². Y sobre el particular, existen serias dudas de que el art. 2 Ley 20/2021 (autodenominado “Procesos de estabilización de empleo temporal”) implique una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, por cuanto que, tanto en los ordinarios como en este extraordinario, “tales procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso”³³. En cualquier caso, repetimos, a futuro no existe una medida similar.

Respecto a esas situaciones posteriores, la DA 17^a LEBEP ofrece dos previsiones que la propia norma (E.MM, II y III) considera como un “mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio para el cumplimiento del deber de evitar abusos en la temporalidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, esto es, para cumplir con la Cláusula 5 Directiva: una, que se concreta en la afirmación de la existencia de responsabilidades “que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas” frente actuaciones irregulares en materia de contratación temporal. Y otra, consistente en la fijación de la referida “compensación” económica para los casos de incumplimiento del plazo máximo de vigencia del contrato temporal cuando el trabajador afectado cesa definitivamente.

Pese a lo afirmado en tal norma, no hay garantías de que la medida relativa a la exigencia de responsabilidad permitirá cumplir con los objetivos de la Directiva, pues no se nos muestra como suficientemente efectiva y disuasoria para asegurar su plena eficacia (en este caso, que no se produzcan abusos o que se convoquen en plazo los procesos de cobertura), ya que para tal responsabilidad se remite a una normativa que o bien debe desarrollarse (y, por tanto, no existe aún) o bien, se entiende, ya debería existir (pues ella no la establece), aunque la realidad no haya permitido constatar su aplicación (v.gr., DA 43^a Ley 6/2018, o DA 34^a Ley 3/2017, ambas de Presupuestos Generales del Estado de 2018 y 2017, respectivamente)³⁴. En definitiva, no parece que esta medida vaya a garantizar,

³² STJUE de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18) §106. CASAS BAAMONDE, M.E., Informe “Temporalidad...”; cit., pp. 25 y 26.

Hacerlo así, implicaría, en opinión crítica de ciertos autores, que esos procesos operen “como instrumentos más de consolidación subjetiva de los empleados públicos temporales que de estabilización objetiva de las plazas”; FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Los procesos de estabilización en la Administración local”, Cuadernos de Derecho Local, 60/2022, p. 53.

³³ De la misma opinión, PÉREZ GUERRERO, M.L., *El futuro de los trabajadores...*; cit., pp. 122 y ss.

³⁴ De “brindis al sol” calificó esta previsión MOLINA NAVARRETE, C., “Contratación temporal...”; cit., p. 384, también, pp. 390-392.

La falta de contundencia de la previsión española contrasta con alguna de las medidas que el ordenamiento italiano contemplaba en este sentido, “por ejemplo, el artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo nº 165/2001 establece que las administraciones están obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave. Además, esta infracción se tiene en cuenta en la evaluación del desempeño de estos

per se, que se eviten los abusos o la celebración en plazo de tales procesos de estabilización-consolidación, pues sin el correspondiente desarrollo, esta normativa carece de eficacia práctica³⁵.

Podría pensarse entonces que el establecimiento de la “compensación” a la que se refiere dicha DA 17^a LEBEP (al igual que en el art. 2.6 Ley 20/2021) pudiera responder a ese objetivo comunitario (como medida-opción b). Previamente cabe observar que, aunque en apariencia, los supuestos para los que se contempla no necesariamente y, en todo caso, implican el abuso que pretende evitar o sancionar la Directiva (en el primer caso, extensión del contrato más allá de su vigencia máxima, y en el art. 2 Ley 20/2021, destinadas al personal laboral temporal que, estando en activo como tal y cumpliendo los requisitos para participar, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización que ahí se contempla), una adecuada comprensión de los mismos permite concluir que ambos suponen tal abuso (sucesión de contratos), pues en cualesquiera de ellos se habrá superado el plazo de vigencia inicialmente pactado o previsto y, por ende, aún entendiéndose que lo que se ha producido es (no ya una novación, sino) una mera prórroga o renovación del mismo contrato, la misma se considera una sucesión a efectos de la Directiva³⁶.

En resumen, tal compensación pudiera entenderse como una solución parcial (pues la misma solo se prevé para los supuestos allí previstos) destinada a compensar la no transformación de la relación laboral de duración determinada en una relación laboral por tiempo indefinido. Sin embargo, entiendo que el *quatum* de tal “compensación” económica no permite considerarla una sanción disuasoria y efectiva frente “a los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de la normativa comunitaria” (cláusula 5 Directiva)³⁷. En concreto, dispone la norma, la cuantía de tal compensación, “referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento”, será la diferencia “entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato”. Respecto a esta última indemnización, recuérdese (art. 42.1, c LET), para el caso de extinción del contrato temporal por circunstancias de la producción se prevén doce días de salario por año, pero nada para el contrato de interinidad; sin embargo, como explicábamos

directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. A mayor abundamiento, el artículo 36, apartado 6, de este Decreto Legislativo dispone que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción”, STJUE 7 de marzo de 2018 (C-494/16), §52. *Vid.* CASAS BAAMONDE, M.E., Informe “Temporalidad...; cit., pp. 26-29.

35 CIALTI, P-H., “Las reformas laborales de 2021...; cit.

36 SSTJUE, 11 de febrero de 2021, C-760/2018 -particularmente, §39 y ss.- y de 3 de junio de 2021, C-726/19 -§36 y ss.

37 Con tal duda, ROQUETA BUJ, R., “Problemas vinculados...; cit., p. 118.

en el apartado anterior, tal solución indemnizatoria exigiría que el contrato se ajuste a la temporalidad del art. 15 LET, pero, como es el caso contemplado en la norma de 2021, de considerarse producido el abuso (*v.gr., ex DA 15^a* en relación al art 15.5 LET) o darse irregularidad sustantiva en la contratación temporal (*v.gr., superar el plazo máximo de vigencia o fraude*), correspondería aplicar la consideración como INF. Y en este caso, la cuantía indemnizatoria por la extinción, como ahora veremos, terminará por hacer prácticamente inexistente esa compensación (por ejemplo, en caso de despido improcedente o cuando, por ser declarado como INF y ser cubierta la plaza conforme al proceso reglamentario, le pudiera corresponder una cuantía equivalente a un despido objetivo)³⁸. En definitiva, en ambos casos, no habría compensación o sería mínima, por lo que el abuso, en cuanto tal, quedaría sin sancionar (pues esa mayor cuantía sería por equivalencia a cualquier extinción no imputable al trabajador).

Para poder explicar lo que tratamos de decir (y el propio sentido de la compensación allí introducida), es oportuno recordar que la jurisprudencia, ante el carácter híbrido (temporal/fijo) que reconoce al INF, “creó” la posibilidad de una indemnización equivalente al despido objetivo para supuestos de extinción de tal figura (singularmente, como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el art. 49.1 b) ET: cobertura reglamentaria de la plaza), por cuanto, “*parece insuficiente la (prevista) en el art. 49.1, c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal*” a estos efectos³⁹. En definitiva, y aunque en la fijación de tal indemnización se tuvo en cuenta la Directiva 1999/70/CE, no parece que lo fuera como medida equivalente para prevenir o sancionar abusos en la temporalidad, sino, en todo caso, para ajustarse al principio de igualdad (Cláusula 4 Directiva)⁴⁰, pues su creación jurisprudencial respondía a la ausencia de un régimen jurídico propio del INF en materia de extinción (más allá de su ubicación en el art. 49.1, b LET), lo que exigía, en coherencia con esa figura híbrida, no aplicarle la indemnización por extinción prevista para ciertos supuestos de contratación temporal -ni tampoco el régimen completo del despido por causas objetivas (pues como manifestó el TS, no era fácilmente reconducible la extinción por cobertura a ninguno de los supuestos

38 En esta línea, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “La temporalidad laboral...; cit., pp. 66 y ss.

39 Por todas, STS 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015. Sentencia que precisamente implicó, no lo olvidemos, el enésimo cambio judicial en la construcción del régimen extintivo del INF.

40 SÁNCHEZ PEÑA, I., “Extinción de la relación laboral del personal indefinido no fijo al servicio de la Administración pública por cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por el mismo. Concreta indemnización a percibir por tales trabajadores”; Revista de Información Laboral, 9/2017 (BIB 2017\13138). Considerando, en sentido contrario, que la solución del TS supone no atender al principio de no discriminación, MOLINA NAVARRETE, C., “Contratación temporal...; cit., p. 388.

de los arts. 51 o 52 LET)-, sino una cuantía que, por comparación-analogía, se evidenciaba más acorde con tal causa de extinción organizativa: la del despido por causas objetivas⁴¹.

Y como puede advertirse de la regulación de la Ley 20/2021, la compensación allí prevista ni tan siquiera aspira a superar la cuantía propia del despido por causas objetivas⁴². Obviamente, si la extinción fuera declarada improcedente o si, en todo caso, el trabajador afectado hubiera mantenido anteriores o posteriores contratos temporales con tal AAPP y fuera susceptible de aplicarse la doctrina judicial de la “unidad esencial del vínculo”⁴³, la indemnización que le correspondería conforme a la legislación laboral específica será superior a la compensación en el general de los casos, por lo que en la práctica no existirá. Por esa razón, puede afirmarse que “esta compensación tiene, en realidad, como finalidad «una minoración de la litigiosidad», a sabiendas de que la atribución de la compensación económica es automática y no requiere decisión judicial” (dando así, además, si quiera parcialmente, cierta cobertura legal a aquella jurisprudencia)⁴⁴.

En definitiva, ni por su antecedente ni por su cuantía, puede sostenerse que la “compensación” económica responda adecuadamente a las exigencias comunitarias, ya que puede no existir y, en todo caso, su cuantía, al ser incluso inferior a la que la normativa laboral prevé para casos similares en el ámbito privado, no puede ser calificada como reparadora ni disuasoria. Y en esta lógica, debemos recordar que el “Tribunal de Justicia ha considerado que el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco (*cuando*) tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”⁴⁵. Y como hemos podido explicar, incluso con la referida compensación, creemos que “la indemnización que recibe el trabajador indefinido no fijo por extinción del contrato de trabajo no supone una penalización o sanción para la administración que contrata ilícitamente (tampo-

41 SSTS de 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015) y, de 23 de marzo de 2022 (rec. 1236/2020).

Se entenderá así que, en caso de que la Administración opte por la amortización del puesto, al suponer una extinción *ante tempus*, deba proceder conforme a las reglas que rigen el despido por causas empresariales (arts. 51-53 LET), so pena de que tal extinción se considere nula o improcedente; por todas, SSTS 8 de julio de 2014, rec. 2693/2013. Y, del mismo modo, considera el TS que corresponde la declaración de improcedencia de la extinción de un INF (laboral) en caso de que la plaza se hubiera ofertado como de personal funcionario (incluso aunque así estuviera catalogada en la RPT), por todas, SSTS de 7 de julio de 2015 (rec. 2598/2014) y de 9 de junio de 2016 (rec. 25/2015).

42 Recuérdese que el propio TJUE (por todas, SSTJUE de 19 de marzo de 2020, C-103/2018 y C-249/2018, y de 03/06/2021, C-726/19), a efectos de que nuestros Tribunales valoren si en nuestro ordenamiento existen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos, se refería a la prevista para el despido improcedente (también, CASAS BAAMONDE, M.E., Informe “Temporalidad...; cit., pp. 28-29).

43 Sobre el tema, SSTS 20 de diciembre de 2020 (rec. 3954/2018), de 8 de marzo de 2007 (RJ 3613); de 21 de marzo de 2002 (rec. 2456/2001).

44 CIALTI, P.-H., “Las reformas laborales de 2021...; cit.

45 STJUE 03/06/2021 (C-726/19), § 73-74 (la cursiva es nuestra).

co lo es en caso de contrataciones lícitas), sino una compensación al trabajador por la pérdida de su empleo”⁴⁶, pues no percibe una cuantía distinta a la que le hubiera correspondido de conformidad a la regulación laboral para supuestos equivalentes (despido improcedente o por causas objetivas).

No desconocemos que alguna Sala de suplicación está haciendo una lectura, a nuestro parecer incorrecta, de la indemnización por extinción en el caso del INF -ya sea la prevista para los casos de improcedencia ya para el cese regular (cobertura de la plaza o sobre la base de las causas objetivas)-. Según tal doctrina, dichas indemnizaciones (que no la compensación), sería eficaz y disuasoria por ser superior a la contemplada para el caso de cese del contrato temporal “no abusivo” (art. 49.1, c LET)⁴⁷. Evidentemente, no podemos compartir esta lectura, pues, repetimos, tales cuantías ni están previstas para atender a las exigencias comunitarias (frente al abuso), ni desde luego son efectivas ni disuasorias (a lo sumo, proporcionales, en atención a lo que ocurre con respecto a los contratos indefinidos en caso de extinción)⁴⁸.

Descartadas las anteriores medidas como efectivas para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores afectados, cabe cuestionarse si la figura del INF responde a tal exigencia, y al respecto, ya adelantamos que, a pesar de la loable pretensión originaria del Alto Tribunal con la creación de esta figura, es evidente que no resuelve el problema de adecuación de nuestro ordenamiento al marco comunitario.

Para sostener tal conclusión bastaría con recordar que el INF es una figura que, en opinión del TJUE, sigue siendo un contrato temporal, por cuanto que la extinción del mismo remite como causa a la producción de un hecho o acontecimiento (pre)determinado (singularmente, si depende de la voluntad de la propia empleadora)⁴⁹. En concreto, y como finalmente resolvió el TS, es un contrato a término incierto (*certus an et incertus quando*), cuya extinción se produce (*ex art. 49.1, b LET*) con la cobertura reglamentaria de la plaza (que, a la postre y como hemos visto, dependerá de la decisión de la AAPP empleadora)⁵⁰. Consecuentemente, es evidente que no es una medida adecuada, porque al trabajador se le mantiene como temporal en una plaza estructural, la cual requeriría un contrato indefinido (forma común o general de relación laboral) y, en todo caso, porque dicha figura plantea los mismos problemas que una relación

46 SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “Ineficacia de la conversión en indefinido no fijo en el sector público conforme a la Directiva 1999/70/CE. Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-86/14, de 11 de diciembre de 2014”; Temas Laborales, 129/2015, pp. 233.

47 Por todas, STSJ Aragón, núm. 380/2022 de 23 mayo.

48 En esta línea, CASAS BAAMONDE, M.E., Informe “*Temporalidad...*; cit., pp. 44.

49 AATJUE 11/12/2014 (C-86/14), y 26 de abril de 2022 (C-464/2021).

50 Por todas, STS 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015), de 6 de octubre de 2015 (rec. 2592/2014) y de 7 de noviembre de 2016 (rec. 755/2015). El propio TS lo reconocía en origen (STS 1 de febrero de 2011, rec. 899/2010): el “personal laboral indefinido-no fijo (...) es totalmente equivalente a la del personal laboral interino por vacante (...”, y lo ha afirmado en sentencias posteriores (v.gr., STS 30 de marzo de 2017, rec. 961/2015).

temporal que, ante la imprevisibilidad de su finalización, provoca su excesiva duración⁵¹.

No es esta la opinión del TS, que, sobre la base de ciertos pronunciamientos del propio TJUE, considera que la colisión entre la citada norma y su doctrina es inexistente. Así, tomando como referencia, entre otras, la STJUE de 03/06/2021, C- 726/19 (§73)⁵², llega a afirmar que “la utilización del contrato indefinido no fijo constituye una fórmula útil para prevenir y sancionar los abusos en la contratación laboral fraudulenta”⁵³. No podemos compartir esta posición, pues evidentemente no casa con la ya referida consideración como temporal de dicha figura que mantiene el TJUE⁵⁴. A mi parecer, el TS hace una lectura interesada o, cuando menos, excesivamente literal, de ciertas sentencias del TJUE para sostener su posición sobre la adecuación del INF a la cláusula 5 Directiva, pues como se evidencia de un examen atento de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre esta cuestión, la adecuación lo es cuando ese abuso (o irregularidad sustantiva) implique verdaderamente la consideración como indefinida de la relación laboral afectada, en el sentido de que el contrato temporal se transforme en indefinido-fijo (*v.gr.*, STJUE 11/02/2021, C-760/18). En definitiva, y frente a la rotundidad de aquella afirmación del TS, lo cierto es que, cuando menos, se “suscita la duda sobre la compatibilidad entre nuestra construcción sobre PINF y la Directiva de referencia”⁵⁵.

En consecuencia, y a falta de esas otras medidas para evitar el abuso y la irregularidad en la contratación temporal, debemos volver plantearnos hasta qué punto la jurisprudencia del TS en esta materia (INF) es acorde al Derecho Comunitario, particularmente cuando un trabajador ha superado un proceso de selección para el empleo público. Solución que, como razonábamos *supra*, debería extenderse a otras causas por las que procedería declarar la consideración como indefinida de la relación laboral (fraude, etc.).

3. LA SITUACIÓN DE QUIEN SUPERÓ UN PROCESO SELECTIVO DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

La cuestión se plantea en atención a la razón última por la que el TS rechaza la conversión en fijo del contrato temporal irregular: salvaguardar la norma que impone “los principios que deben presidir el acceso al empleo público, y evitar,

51 Por todas, STJUE 5 de junio de 2018 (C-677/16), §64.

52 Incluso parece deducirlo de la STJUE 14 de agosto de 2016 (C-184/15 y C-197/15), § 46 y 54. También lo entiende así, ROQUETA BUJ, R., “Problemas vinculados...; cit., p. 117.

53 Por todas, STS de 24 de noviembre de 2021 (rec. 4280/2020). Igualmente, en la jurisdicción contencioso-administrativa, STS 26 de septiembre de 2018, rec. 785/2017 (FJ 15^a, C, 1^a).

54 También, STSJ Aragón, núm. 425/2022, de 6 de junio.

55 Voto Particular SEMPERE NAVARRO a la STS 25 de noviembre de 2021, cit., donde expresa que el Tribunal debería “haber activado la facultad contemplada en el artículo 267 TFUE y despejar de ese modo la incertidumbre sobre el particular”.

por tanto, que se vulnere el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público". Por tanto, la negativa del TS a considerar como fijo a una persona sometida a abuso o irregularidad en su contratación temporal respondería a la existencia de una norma interna que no lo permite.

Y es que, pese a no existir otras medidas equivalentes, ya adelantábamos que no sería exigible una *interpretación conforme* del TS que conllevara la consideración como fijo, si tal consecuencia es contraria a una norma interna (como es, en nuestro caso, el art. 55 y, por remisión a él, la DA 1ª LEBEP), sencillamente, "la Cláusula 5 de la Directiva, carente de efecto directo, no puede invocarse (...) con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria" (STJUE de 19 de marzo de 2020, C-103/18 y C-429/18, §119 y jurisprudencia citada). Por tanto, si la norma interna exige que el acceso se ajuste a tales principios rectores, la pregunta que de inmediato surge es qué ocurre cuando el trabajador afectado por el contrato temporal irregular hubiera realizado y superado favorablemente en otro momento una prueba de acceso regida por tales principios.

Y al respecto, la respuesta del TS es matizada, distinguiendo en función de que lo superado fuera un proceso de selección para la contratación indefinida-fija o temporal.

3.1. PROCESO SELECTIVO PARA UNA PLAZA INDEFINIDA-FIJA

Así, en el primer caso (convocatoria para plaza indefinida-fija), de producirse la irregularidad o abuso en su contrato temporal con las AAPP, correspondería el reconocimiento de una relación fija, porque los principios de mérito y capacidad se pusieron de manifiesto mediante la participación de la persona trabajadora afectada en esa otra convocatoria pública para ocupar plazas fijas que superó satisfactoriamente. En palabras del propio Tribunal, en esos casos, debe concluirse que tal persona "ha sido debidamente valorada, superando el proceso selectivo, sin que el hecho de no haber obtenido plaza obste para tener por cumplidas aquellas exigencias constitucionales" (STS 16 de noviembre de 2021, rec. 3245/2019). Conclusión que no se ve cuestionada porque hubiera transcurrido un amplio periodo de tiempo desde que se superó aquel proceso para plaza fija (en el caso allí enjuiciado había transcurrido más de una década desde que se superó sin plaza el proceso).

Del mismo modo, esta solución jurisprudencial no puede considerarse en perjuicio de la calidad competitiva o de quienes hubieran quedado también sin plaza con mejor nota, "en la medida en que aquí no se está negando ningún derecho a quienes hubieran obtenido mayor puntuación y hubieran ocupado mejor puesto en el proceso selectivo si se encontraban en la misma situación que la que aquí se enjuicia. Por lo tanto, quien esté en la misma situación fáctica y jurídica obtendría el mismo pronunciamiento de fijeza, sin afectación a esa calidad

competitiva que se menciona como obstáculo a la aplicación de la doctrina que queda expuesta”⁵⁶.

En cualquier caso, parece razonable entender, como hace el TS en la última de las sentencias citadas, que dicha conclusión debe ser limitada a los supuestos en que ese proceso para plaza fija debería responder a una categoría y nivel profesional coincidente con el que ocupa con el contrato temporal irregular o abusivo.

Ahora bien, el Tribunal no aclara si ese proceso selectivo superado debe serlo en la misma Administración (y, en general, en la misma entidad del sector público) en la que se produce el abuso o la irregularidad-fraude en su contrato temporal. Desde nuestro punto de vista aquella conclusión debiera extenderse a cualesquiera AAPP. La razón esencial es que es normativa común de aplicación general a todas ellas en sus procedimientos de cobertura del empleo público la que reclama esos principios (LEBEP y CE), por lo que carecería de justificación sobre la base de tal argumentación, hacer ahora distingos territoriales o entre entidades⁵⁷. Y frente a esta opinión que mantenemos de generalizar su aplicación a cualesquiera AAPP, no parece que pueda argüirse que la DA 15^a LET (referida a la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5 LET a las AAPP), solo permite tener en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de ellas (sin que formen parte de las mismas, a estos efectos, las entidades de derecho público dependientes), por cuanto que la razón que explicaría esta última previsión nada tiene que ver con las razones esgrimidas para excluir el carácter de fijo, el cual, reiteramos, se refiere tan solo a la falta de cumplimiento de los principios de publicidad, mérito y capacidad.

Un último comentario a las consecuencias derivadas de esta jurisprudencia. Si la misma está admitiendo que la persona con ese contrato irregular o abusivo (o incluso, tras una cesión ilegal) adquirirá la condición de fijo si superó en algún momento un proceso selectivo para una plaza fija, dicha solución no debiera verse condicionada porque sí hubiera obtenido plaza (aunque los supuestos resueltos se refieren a personas que lo superaron-aprobaron, pero no obtuvieron plaza), pues en nada afecta (más bien confirmaría) a la razón última por la que se admite la consideración como fijo (y no INF): acreditar la superación de un proceso regido por los principios que deben presidir el acceso al empleo público.

⁵⁶ SJS nº 1 de Pamplona, núm. 225/2022, de 11 mayo y SJS nº3 de Pamplona de 9 de marzo de 2022 (autos 952/21). Igualmente, tal y como razonan estos pronunciamientos, tampoco esta decisión “implicaría la revisión indirecta de la adjudicación de las plazas realizada en el proceso selectivo correspondiente” ni con ella se violentaría la OPE (porque solo fijó un cierto número de plazas), “en la medida en que aquí no se efectúa ninguna adjudicación de plaza, ni directa ni indirecta, ni se revisa la adjudicación realizada; únicamente se resuelve si la sanción por la actuación fraudulenta de la Administración en materia de empleo debe conllevar o no la declaración de fijeza”.

⁵⁷ Conclusión que viene a encontrar apoyo con la admisión de la movilidad interadministrativa como forma de provisión de destinos entre sus trabajadores (*v.gr.*, art. 84 LEBEP). Interesante en este sentido la STS (C-A) núm. 69/2023, de 23 de enero de 2023 (rec. 2733/2021), por cuanto subraya que la movilidad interadministrativa puede operar, en principio, cruzando los linderos de diferentes Comunidades Autónomas (por reputarlo contrario a determinados principios constitucionales).

3.2. PROCESO SELECTIVO PARA UNA PLAZA TEMPORAL

Frente a la anterior postura, favorable a considerar como fijo en las AAPP a la persona trabajadora que en algún momento superó un proceso para una plaza fija, el Alto Tribunal español mantiene la negativa a que se adquiera tal condición cuando la plaza fuera para un contrato temporal (por todas, STS -Pleno- 25 de noviembre de 2021, rec. 2337/2020 -con cita de los pronunciamientos anteriores sobre el tema).

Para sostener esta posición contraria, argumenta el TS que, aun cuando los afectados por la contratación irregular accedieran al empleo público temporal mediante la superación de las correspondientes pruebas convocadas *ex LEBEP* (Capítulo I Título IV), las mismas se realizaban para seleccionar a las personas con las que se iba a celebrar un contrato temporal, no para el acceso a una plaza fija. En sus propias palabras, “este proceso de selección pudo ser adecuado para los fines que se perseguían en ese momento (...), pero en modo alguno es suficiente para el acceso a la fijeza pretendida”, toda vez que “este procedimiento de selección no cumple los requisitos que deben cumplirse para el acceso con carácter de fijeza a un puesto en la Administración Pública [...].” En definitiva, entiende el TS que no cabe conmutar automáticamente los requisitos de acceso ajustados a los principios que gobiernan legalmente el acceso a plazas fijas (art. 103 y 14 CE), con las bases diseñadas para una contratación temporal, por cuanto que “los objetivos, finalidades y la necesidad de dar respuesta a situaciones de muy diversa índole que configuran de una u otra relación de servicios resultan claramente divergentes”.

En apoyo de esta postura restrictiva, añade el TS (sentencias de 12 de febrero de 2022, rec. 4915/2019 o de 24 de noviembre de 2021, rec. 4280/2020): “Ese elemento de temporalidad o fijeza de la convocatoria es determinante de la decisión de los ciudadanos en orden al ejercicio de su derecho a la libre concurrencia en el acceso al empleo público. Un gran número de ciudadanos están preparando las pruebas selectivas para la cobertura definitiva de esas mismas plazas. El carácter temporal de la convocatoria puede resultar decisivo a la hora de determinar si el ciudadano participa en el proceso. Si se hubiera convocado una plaza fija, los interesados potenciales en participar en el proceso selectivo serían muchos más que los que participaron en la cobertura de una plaza temporal”. Es decir, a su entender, que el proceso lo sea para cubrir una plaza ofertada como temporal estaría, de alguna forma, cuestionando el principio de igualdad y publicidad, pues no permitiría la información suficiente para que toda la ciudadanía interesada se presente a ella y, consecuentemente, de considerar como fijo al temporal irregular que superó esa prueba del proceso temporal, tal acceso no dependería de que los méritos del empleado fueran superiores (lo que parece apuntar a que tampoco se respetarían los principios de igualdad, mérito y capacidad). Así lo manifiesta cuando afirma que “es patente que, si se hubiera convocado una

plaza fija, los interesados potenciales en participar en el proceso selectivo serían muchos más que los que participaron en la cobertura de una plaza temporal, al ser impensable, por ejemplo, que trabajadores, que ya ostentan la condición de fijos pretendan ocupar una plaza temporal, aunque podrían estar interesados en promocionar a otra plaza fija". Frente a tal razonamiento en abstracto, cabría plantearse hasta qué punto la celebración de procesos en los que (la fase de) el concurso tiene un peso relevante no termina implicando que muchos ciudadanos desistan de presentarse y, por ende, también entonces se ve indirectamente afectado el principio de igualdad sobre la base del mismo argumento⁵⁸.

En cualquier caso, el Alto Tribunal (STS 11 de enero de 2022, rec. 110/2021 -reiterando doctrina) prosigue la defensa de su posición amparándose en el art. 11.3 EBEP, al considerar que el mismo "revele la existencia de diferencias esenciales entre el acceso al empleo público fijo y el acceso al empleo temporal". Así, "la primera exige que la selección del personal laboral se realice mediante un procedimiento público sujeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Dichos principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad permiten que cualquier ciudadano pueda acceder al empleo público y redundan en la mejora del servicio público. La segunda se refiere específicamente al personal temporal, mencionando el principio de celeridad por razones de necesidad y urgencia. (...) La celeridad, necesidad y urgencia que caracterizan la cobertura temporal del empleo público, condicionan los requisitos de mérito y capacidad exigibles a los aspirantes, (*porque*) las exigencias de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad [...] no pueden proyectarse con el mismo nivel de intensidad sobre el personal interino, cuya selección (...) lógicamente exige menos rigor en la selección (...), habida cuenta de que a través de la misma se trata de cubrir necesidades sobrevenidas y perentorias, insusceptibles de una cobertura previamente planificada".

En definitiva, el principio celeridad, añadido expresa y específicamente para los procesos de plazas temporales (cuya finalidad es atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia), matizaría de tal modo los principios generales de acceso al empleo público (igualdad, mérito y capacidad), que solo serían reconocibles como tales por venir referidos a una plaza temporal.

Sin embargo, el TS no explica con la suficiente claridad esa diferencia o, más acertadamente, cuál sea el precepto o norma interna que expresamente establece esa supuesta diferencia entre procesos y que, por tanto, prohíbe que una plaza fija sea cubierta bajo bases o pruebas que se usen para las temporales. Es más, las sentencias analizadas dan una solución genérica, sin entrar en los casos concretos y, por tanto, sin saber cómo fueron las convocatorias para las plazas fijas y si, al menos en la concreta AAPP en la que el trabajador prestaba servicios, nunca

⁵⁸ Sobre el tema, BOLTAINA BOSCH, "Los procesos de estabilización de la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad: las ofertas de empleo público y sus convocatorias"; *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 23/2022, p. 43 y ss.; y FUENTETAJA PASTOR, J. "Los procesos de estabilización...; cit., p. 59.

se utilizó el mismo tipo de pruebas para unas y otras plazas. En este sentido, es importante recordar que si bien la vía de la oposición para acceder al empleo público parece ahora justificar la exclusión de la transformación en indefinido-fijo de quien no superó este tipo de prueba, no debe desconocerse que “la proporcionalidad de tal exclusión exigiría que su alcance no incluyera la ocupación de puestos en la Administración que no se verificaban mediante oposición”⁵⁹.

En cualquier caso, y con independencia del referido cuestionamiento de la fundamentación de esa interpretación, la misma no parece respetuosa con las exigencias comunitarias, pues vuelve a enredarse en cuestiones de derecho interno, olvidando el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y, por tanto, la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario. Principio del que deriva la exigencia de una *interpretación conforme* que obliga a analizar la posible aplicación del derecho interno adecuada a las previsiones de la Directiva. En palabras del propio TJUE: “el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta” (ATJUE 11/12/2014, C-86/14, §55).

“Lo anteriormente transcrita abona a una conclusión clara, cual es, que (se) debe aplicar la norma nacional de forma que el efecto útil de la Directiva comunitaria quede preservado”. Consecuentemente, incluso sobre la base también del art. 11.3 LEBEP, “es claro que, salvo prueba en contrario, la contratación temporal llevada a cabo por cualquier ente del sector público debe haber sido, en cumplimiento del citado artículo del EBEP, con pleno respeto a los principios de igualdad, capacidad y mérito”. Por tanto, también en ese caso, ya no debería haber impedimento legal para aplicar, en toda su extensión e intensidad las consecuencias derivadas de la contratación irregular (condición de indefinido-fijo), pues la figura del INF respondía, precisamente, a la falta absoluta de atención a tales principios para acceder al empleo público que exigía la norma.

Resumiendo, si la superación de un proceso para un contrato temporal implica, sin duda, que los principios de acceso al empleo público se cumplieron por el trabajador; de lo que se trata entonces es de hacer realidad la aplicación de la normativa europea y sancionar de forma adecuada y útil los abusos en la contratación temporal en materia de empleo público, de los que la persona trabajadora afectada es totalmente ajena, siendo única y exclusivamente responsabilidad de la propia AAPP empleadora. Y frente a este imperativo comunitario, como sostengo, el TS resuelve prescindiendo del mismo, pues lo hace como si el pro-

59 FUENTETAJA PASTOR, J.A., *Función Pública y Derecho Europeo...*; cit., p. 258.

blema no se viera afectado por la Directiva 1999/70/CE, sino de una cuestión exclusivamente “casera”, y, en consecuencia, con una interpretación sobre el *grado* o intensidad en que tales principios se exigen o manifiestan en relación a una plaza fija o temporal (entendiendo que será en principio menos garantista en este caso, por ser más ágiles los procesos de cobertura).

Por tanto, y salvo en los casos de fraude, esa decisión de la Administración “de haber limitado el objeto de la convocatoria de las pruebas de acceso a plazas temporales, cuando sabía que se trataba de cubrir necesidades de carácter estructural y cuando siguió renovando sucesivamente los iniciales contratos en fraude de ley”, “no puede perjudicar al trabajador, no sólo porque ha sido ajeno a tal actuación empresarial (...), sino de manera especial porque está protegido por el derecho comunitario y por el derecho interno”⁶⁰. Y, en consecuencia, la consideración como indefinido-fijo (y no como INF) debiera ser la solución para todo caso de contratación temporal abusiva (o sustantivamente irregular) en la que el trabajador hubiera superado una prueba selectiva de acceso al empleo público (siquiera temporal), pues ya no hay obstáculo expreso en el ordenamiento nacional que lleve a una interpretación *contra legem* por atribuirle esa consideración de fijo⁶¹.

3. CONCLUSIONES

Como indicábamos al inicio, no parece que la normativa para la reducción de la temporalidad en el empleo público aprobada desde 2021 (RD-L 14/2021 y Ley 20/2021) vaya a permitir erradicar la figura del INF, y no solo porque en la misma solo se articulen medidas respecto a algunos supuestos de irregularidad y abuso que conllevan considerar en tal situación a la persona trabajadora afectada (sin referencia a los casos de fraude o ausencia de causas justificativas del contrato temporal, encadenamiento de contratos *ex art.* 15.5 -y DA 15^a LET-, cesión ilegal, etc.). En efecto, y tras cuestionarme (*ex* ATJUE de 30 de septiembre de 2020, C-135-20) si en nuestro ordenamiento existan medidas efectivas para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, he llegado a la conclusión de que las previsiones contenidas en las referidas reformas de urgencia -tanto las afectantes a futuro (DA 17^a LEBEP) como a pasado (art. 2 Ley 20/2021)- no se ajustan a las exigencias comunitarias.

Y, en consecuencia, ya sea para los casos previstos en estas normas o ya sea para el resto de supuestos por los que, conforme a la legislación laboral específica, una relación temporal debe considerarse como indefinida-fija, nuestra conclusión es que la figura del INF puede seguir produciéndose como consecuencia del

60 Voto particular de BLASCO PELLICER y GARCÍA PAREDES a la STS 25 de noviembre de 2021, rec. 2337/2020.

61 Voto particular de BLASCO PELLICER y GARCÍA PAREDES, cit.

necesario acompasamiento de las referidas reglas laborales y los principios que rigen el acceso al empleo público. Y sobre el particular, también he intentado exponer por qué el INF tampoco es una medida alternativa o equivalente a la falta de las específicas de la Cláusula 5 Directiva.

Y en este punto, atendiendo a las exigencias de una *interpretación conforme*, la cuestión a analizar es qué ocurre cuando la persona trabajadora empleada en alguna AAPP y afectada, por ejemplo, por la irregularidad sustantiva o el abuso, supere un proceso selectivo regido por los principios de acceso al empleo público (art. 55 y la DA 1^a LEBEP). Interrogante que ha sido resuelto por el TS de manera distinta según que el proceso selectivo al que aquélla concurrió y que superó lo fuera para una plaza fija o lo fuera para una temporal, mostrándose favorable a considerarla como fijo en el primer caso, pero negándoselo en el segundo (y, por tanto, calificándolo como INF).

Y respecto a tal solución, hemos concluido que no podemos admitir esta absoluta negativa del TS de considerar como fijo, en todo caso, a los temporales irregulares que hubieran superado una prueba de selección para ocupar una plaza temporal regida por los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 11.3 y 55 LEBEP). Frente a ello, abogamos porque en este caso la solución sea la misma que ya mantiene para cuando lo superado fuera un proceso para una plaza fija: considerarlo como fijo y no como INF.

Para sostener la posición que defiendo, he intentado hacer ver que, con esa diferenciación, el TS termina ignorando las exigencias del Derecho comunitario, obviando que el problema está en la identificación del tipo de plaza, no en las pruebas que realiza la persona afectada, ya que éstas no son *per se* diferentes para una y otra plaza, al menos, salvo que así se explice y acredite en el concreto supuesto⁶². Por tanto, si la norma interna no hace ese distingo entre pruebas en función del tipo de plaza, no debiera existir inconveniente para, a través de una interpretación conforme, admitir que una persona contratada temporalmente en situación irregular o abusiva pueda transformarse en indefinido-fijo. En otras palabras, el problema para atribuir la consideración de fijo -ante la falta de otras medidas equivalentes (Cláusula 5 Directiva)-, ya no es normativo, sino de mera interpretación de esas normas, la cual, recordemos, debería no solo no ser un obstáculo, sino precisamente servir al efecto útil de la Directiva. Que el legislador no niegue esa consideración, pese a las múltiples ocasiones en las que ha tenido para manifestarse sobre el tema (la última, con la reiterada Ley 20/2021), creemos que también abona que es la interpretación del TS la que impide esa posibilidad y a él mismo le debiera servir de dato relevante. Y en esta línea, debe recordarse el cambio que, *ex RD-Ley 32/2021*, se produjo en el art. 15

62 Así parece entenderlo la STSJ Aragón, núm. 231/2021 de 20 abril, la cual reconocía la fijeza de un trabajador temporal irregular en un supuesto en el que se destaca que ni en la Convocatoria ni en su Resolución se hacía alusión alguna a la temporalidad de la relación laboral que se ofertaba.

LET, pues ante tales irregularidades se prevé ahora la consideración como fijo (y no meramente la presunción como indefinido)⁶³.

A mayor abundamiento, y respecto al personal laboral, creemos de interés subrayar que en la E.MM Ley 20/2021 (III) solo se señala respecto al personal funcionario que “El apartado 2 del artículo 10 incide explícitamente en su publicidad y celeridad, teniendo como finalidad la cobertura inmediata del puesto y establece expresamente que el nombramiento como personal interino derivado de los procedimientos de selección no implica en ningún caso el reconocimiento de la condición de funcionario de carrera. Es decir, se refuerza la nota de temporalidad al descartar cualquier expectativa de permanencia”. En nuestra opinión, la falta de tal referencia al personal laboral permitiría extraer, *a sensu contrario*, que no ocurre así respecto a este último (seguramente, porque como ya advertíamos al inicio, los principios constitucionales del art. 103 CE tienen su razón de ser respecto al personal funcionario, de ahí que se reserve solo para el mismo esa imposibilidad de acceso a la condición estable).

Consecuentemente, en nuestra opinión, el trabajador afectado por su contratación temporal irregular deberá ser considerado como fijo (y no INF) cuando hubiera superado alguno de los sistemas selectivos a los que se refiere el art. 61 LEBEP (oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos), quedando tan solo excluidas, por tanto, aquellas personas afectadas que accedieran al contrato temporal por otras vías que no implicasen alguna de tales pruebas (o fueran declaradas ilegales o contrarias a la CE). Pero, del mismo modo y como hemos advertido, fuera de esos casos de superación de una prueba selectiva, se mantendrá el sentido del INF (al existir una norma interna que expresamente prohíbe acceder al empleo público sin superar una prueba basada en los principios del mencionado art. 55 LEBEP) y, con ello, como hemos pretendido acreditar al inicio en la primera parte de este trabajo, seguiríamos sin respuestas a la falta de medidas adecuadas en nuestro ordenamiento frente al abuso y la irregularidad en la contratación temporal en las AAPP⁶⁴.

63 Tomando en consideración ese cambio, al menos respecto a los trabajadores afectados en otras entidades del Sector Público, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “La temporalidad laboral...; cit., pp. 61-62. Frente a tal argumento, no parece suficiente el que el art. 11 LEBEP siga conservando la figura del indefinido, pues no parece acertado entender que tal previsión daba cobertura a la jurisprudencia sobre el INF (STS 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015, y DÍAZ AZNARTE, M.T., “El personal interino...; cit., p. 414), ya que serían otras las razones por las que legislador introdujo tal término (STS 22 de julio de 2013, rec. 1380/2012; en la doctrina, BOLTAINA BOSCH, “Los procesos de estabilización...; cit., pp. 86-87).

64 También, Voto particular de BLASCO PELLICER y GARCÍA PAREDES, cit.