

**Inaplicación de la categoría “indefinido no fijo” para el personal estatutario.**

**Antonio V. Sempere Navarro**

*Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)*

**Resumen:** *Se discute sobre las consecuencias del abuso de temporalidad en el ámbito del personal estatutario de los servicios públicos de salud. Se trata de precisar las consecuencias de tal anomalía a la vista del Derecho de la Unión Europea. La sentencia comentada, siguiendo el criterio de numerosos precedentes, considera inaplicable la construcción sobre personal indefinido no fijo. Eso conlleva también la inexistencia de una indemnización compensatoria como consecuencia de tal abuso para el caso de que finalice la prestación de servicios por no haber superado las pruebas convocadas para ocupar la plaza que viniera desempeñándose. Con ese trasfondo el comentario recuerda el alcance que la jurisprudencia laboral atribuye a la condición de “personal indefinido no fijo”.*

**Palabras clave:** *Abuso de temporalidad. Duración inusualmente larga de la interinidad. Personal indefinido no fijo.*

**Abstract:** *The consequences of the abuse of temporality in the scope of the statutory personnel of the public health services are discussed. It is a question of specifying the consequences of such an anomaly in view of the Law of the European Union. The commented sentence, following the criterion of numerous precedents, considers the construction on non-permanent permanent personnel inapplicable. This also entails the non-existence of compensatory indemnity as a consequence of such abuse in the event that the provision of services ends due to not having passed the tests called to occupy the position that he had been holding. Against this background, the comment recalls the scope that labor jurisprudence attributes to the condition of "indefinite non-permanent personnel."*

**Keywords:** *Time abuse. Unusually long duration of interims. Public employment. Statutory staff. Non-fixed indefinite.*

---

## **I. Introducción**

Al hilo de una dilatada prestación de servicios por parte de Personal Estatutario del Servicio Público de Salud del Principado de Asturias (SESPA) se suscita una cuestión reiteradamente llevada ante los tribunales, tanto del orden social cuanto del contencioso: determinar las consecuencias que, en el ámbito del empleo público, comporta la existencia de un abuso o ilegalidad en materia de temporalidad del vínculo. El meollo del problema se halla en el modo de conjugar la Directiva 1999/70

CE del Consejo el 28 de junio de 1999, sobre trabajo de duración determinada, con las previsiones de las Leyes españolas sobre función pública.

La jurisprudencia laboral viene ocupándose también con reiteración de este problema. Su construcción del personal indefinido no fijo (PINF) obedece a la necesidad de brindar una solución a la aparente contradicción que sendos bloques normativos propician cuando se examinan las consecuencias de que un empleador de naturaleza pública haya incumplido las reglas sobre contratación temporal: mientras que las previsiones del Derecho del Trabajo tienden hacia la fijeza de la relación laboral (art. 15 ET y concordantes), desde la perspectiva del Derecho del Empleo público se insta a mantener la relación con las características (temporalidad) que gobernaron su acceso en régimen de publicidad y mérito (arts. 1.3.b EBEP y concordantes). La categoría, como tantas veces se ha explicado, vino a resolver una compleja concurrencia de preceptos: los que abocan a declarar la fijeza del contrato de trabajo y los que exigen respeto a principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad) para acceder a un empleo fijo en el sector público<sup>[1]</sup>. Sin necesidad ahora de mayores precisiones, puede sintetizarse del siguiente modo el tenor de esa jurisprudencia laboral:

- El contrato del PINF se separa del estrictamente temporal. La prototípica causa de finalización por llegada del término final previsto desaparece.
- Es innegable la equiparación de derechos en el contenido y dinámica de la relación laboral de este colectivo si se compara con el de quienes están vinculados mediante un contrato de carácter fijo.
- Las personas que están vinculadas mediante una relación laboral de carácter indefinido no fijo tienen derecho a concurrir a la provisión de la plaza que desempeñan. Caso de que no la obtengan deben percibir una indemnización similar a la prevista para el despido por causas objetivas.
- Si la entidad empleadora amortiza la plaza debe instrumentar los remedios propios del ordenamiento laboral para extinguir el contrato (despido objetivo); en caso contrario, el cese será calificado como un despido (improcedente o nulo).
- Lo recién dicho es aplicable a los casos en que, por “funcionarizarse” el puesto desempeñado o por proceder a su convocatoria exigiendo requisitos que impiden la participación de quien la ocupa, el PINF acaba siendo cesado.
- Puesto que la existencia de PINF implica la concurrencia de anomalías o ilegalidades, todo lo anterior es compatible con la exigencia de responsabilidades a quienes sean responsables de ellas.

Por el contrario, y pese a la invitación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la jurisprudencia contenciosa viene rechazando trasladar unas consecuencias similares a los supuestos en que el empleador de carácter público ha propiciado la existencia de abusos similares respecto de vinculaciones de carácter funcional (estatutario). La sentencia ahora glosada es buen exponente de tal toma de posición y aquí se toma como pretexto para recordar el tenor de algunos criterios laborales.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Sección Cuarta de la Sala Tercera (De lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo.

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 631/2023 de 18 mayo.

**Tipo y número de recurso:** Recurso de casación núm. 100/2020

**ECLI:**ES:TS:2023:2067

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Excm.a. Sra.Dña. Pilar Teso Gamella.

**Votos Particulares:** carece.

### III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión suscitada es puramente jurídica, de modo que apenas es necesario atender a las concretas circunstancias fácticas del caso. Se trata de ver si cabe la aplicación de la referida construcción sobre PINF cuando se ha producido un abuso en el nombramiento de interinidad como previene la indicada Directiva. ¿Debe trasladarse esa categoría al personal de carácter estatutario? La sentencia recurrida entiende que aunque se trata de una situación anómala, no cabe apreciar abuso en dichos nombramientos en todo caso, ni supondría, dice, nombramientos de personal indefinido no fijo.

El recurrente es Médico de Familia en el Área Sanitaria V, en el SESPA, y ha estado vinculado a dicha Área mediante diversos nombramientos estatutarios temporales desde el día 1 de febrero de 2013, con nombramientos de diversa duración hasta el día 1 de enero de 2018, en el que ya suscribe nombramiento de interinidad en el que continúa.

#### 1. Sentencia del Juzgado

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Oviedo, mediante sentencia de 15 de mayo de 2019 desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el accionante contra la Consejería de Sanidad del Gobierno del Principado de Asturias, que había rechazado tácitamente su reclamación.

Explica que el sistema de listas de personal temporal existente en el SESPA hace factible que se vayan produciendo esos nombramientos sucesivos sin que ni las necesidades a cubrir sean estructurales, sino meramente temporales o coyunturales, ni los nombramientos presenten la concatenación exigida. Por eso el recurrente tiene la condición de personal temporal interino y no eventual y conforme determina el apartado 1 del artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, por la que se aprobó el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

#### 2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

Mediante sentencia de 14 de octubre de 2019 la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias confirma la dictada en instancia, con imposición de las costas.

Por tanto, hay que estar a la regulación específica del personal Estatutario. Conforme a ella se acordará el cese del personal interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada. Ocupa por tanto un puesto de trabajo atribuido a personal estatutario fijo o de carrera, en tanto no sean ocupados por éstos o en sustitución de los que tengan derecho a la reserva de plaza, siempre que exista dotación presupuestaria. No existe abuso en la contratación y sí una plaza que el demandante ocupa en su condición de interino, resultando improcedente el reconocimiento de la condición de "fijo" o "indefinido" en su relación estatutaria.

#### 3. Auto de la Sala de Admisiones

Disconforme con esa solución, el trabajador interpone el recurso de casación ahora resuelto. Mediante Auto de 4 de febrero de 2021 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo admite a trámite el recurso y precisa las cuestiones que poseen interés casacional:

1ª) Si, de conformidad con las SSTJUE 14 (2) septiembre 2016 (C-184/15 y C-197/15; C-596/14) y 19 marzo 2020 (C-103/18 y C-429/18) y la STS-CONT 3251/2018) se ha producido una utilización abusiva de nombramientos de personal estatutario temporal de carácter interino ex artículo 9.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

2ª) En caso de respuesta negativa -inexistencia de abuso-, cuáles serían las consecuencias, laborales y/o económicas, para el recurrente que se anudan a tal declaración.

3ª) Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal interino, debe adoptarse como única solución jurídica aplicable la de conversión de su relación de servicios en una de carácter indefinido no fija, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien, si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos en dicha relación.

4ª) Si el afectado por la utilización abusiva de esos nombramientos tiene o no derecho a indemnización en caso de cese, por qué concepto y en qué momento.

Se identifica como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

#### **IV. Posición de las partes**

El recurso solicita el reconocimiento de la estabilidad en el empleo al amparo de la Directiva 1999/70 pues entiende que ha habido abuso de la temporalidad y postula la adopción de medidas eficaces para sancionar los abusos cometidos y disuadir de su reiteración, señalando cuáles pueden ser estas.

En concreto, entiende que ha de estarse a la Directiva y no a las Leyes nacionales que amparan una prolongada temporalidad, recordando la necesidad de una interpretación conforme de las mismas. Por eso, sostiene: 1º) Que las causas de cese del personal estatutario interino se regulan en el art. 10.3 EBEP y son las mismas causas que las de los demás funcionarios interinos no siendo de aplicación las normas del Estatuto Marco 55/2003. 2º) Que una vez transcurrido un plazo determinado en el desempeño de una plaza de interino (tres años u otro plazo) cesan las circunstancias de necesidad o urgencia que justificaron el nombramiento, incurriendo la continuación del desempeño de las funciones como interino en abuso de la temporalidad. 3º) Que la habilitación de la jurisprudencia TJUE al juez nacional para establecer medidas proporcionadas y eficaces se entiende referida a todos y cada uno de los Jueces y tribunales del sistema.

#### **V. Normativa aplicable al caso**

La Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. El Acuerdo Marco destaca en su preámbulo la preeminencia de la contratación indefinida como «forma más común de relación laboral» y persigue dos grandes objetivos: por una parte, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación y, por otra, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

La cláusula 4.ª del Acuerdo Marco establece la equiparación entre personal temporal y fijo con base en el principio de no discriminación, salvo existencia de causas objetivas que justifiquen una diferencia en el régimen jurídico de ambas clases de personal.

Su cláusula quinta (“Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva”) reza así:

“1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;

b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;

c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

a) se considerarán "sucesivos";

b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido”.

## **VI. Doctrina básica**

### *1. Situación objetivamente abusiva*

En línea con la jurisprudencia eurounitaria se concluye que ha habido una situación de abuso objetivo en el recurso a vinculaciones de tipo temporal.

Pero concede relevancia a que la situación objetivamente abusiva se produjo por el encadenamiento de nombramientos como personal estatutario no fijo para cubrir necesidades que la Administración no ha mostrado que no fuesen permanentes.

### *2. Inaplicación de la categoría de PINF*

Cuando se comprueba que la Administración ha hecho nombramientos no justificados de personal interino -o, más en general, de duración determinada- la respuesta no puede ser aplicar criterios de la legislación laboral. La relación estatutaria de servicio se rige por el Derecho Administrativo y consiste, entre otras cosas, en la aceptación por el empleado de una serie de reglas que conforman un "estatuto" en gran medida heterónomo. En este sentido, no hay ninguna identidad de razón con la legislación laboral, por lo que carece de fundamento que los tribunales la apliquen en este ámbito, ni siquiera como fuente de inspiración.

### *3. Ausencia de daño automático pese a la abusiva temporalidad*

La indemnización sólo tendría fundamento si mientras duró la temporalidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar.

Pero esto pasa por presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. El mero hecho de haber sido personal interino durante un tiempo más o menos largo, incluso si ha habido nombramientos sucesivos injustificados, no implica automáticamente que haya habido un daño.

Pensar en una indemnización como castigo a la Administración que ha permitido esa utilización ilegítima de figuras de empleo público de duración determinada que están legalmente pensadas para otros fines tampoco resulta admisible. Los "daños punitivos" no están contemplados en la regulación de la responsabilidad patrimonial de

la Administración. Tampoco es fácil encontrar supuestos de daños punitivos en la legislación civil española.

El deber de reconocer una indemnización de naturaleza sancionadora, como respuesta a una situación contraria a lo establecido en la Cláusula 5 no viene impuesto por la jurisprudencia del TJUE<sup>[2]</sup>.

#### *4. Límites de la interpretación conforme*

Es verdad que, aun cuando no concurren las condiciones para dar eficacia directa a las Directivas, los órganos jurisdiccionales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo interpretativo posible de las normas y principios de su ordenamiento interno, de manera que no se frustre el efecto útil de la Directiva.

Pero la interpretación tiene sus límites y, si se adoptan criterios hermenéuticos no aceptados en la comunidad jurídica o se incurre en puro decisionismo, el órgano jurisdiccional deja de operar dentro del sistema de fuentes establecido, con el riesgo caer en la arbitrariedad. Y, como se ha visto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no da base para otorgar indemnizaciones con una finalidad sancionadora, al margen de daños efectivos e identificados.

#### *5. Vía para reclamar indemnización*

Se abre la posibilidad de interesar la responsabilidad patrimonial de la Administración; de ese modo cabe la reparación de los eventuales daños y perjuicios.

Mientras el cese no surge quien se ha hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva tiene derecho a la subsistencia de la relación de empleo, con los correspondientes derechos profesionales y económicos, hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 EBEP.

Cosa distinta es que el legislador establezca una compensación para situaciones como la aquí examinada. Así, aunque para situaciones nuevas, el RDL 14/2021, de 6 de julio, aborda una "compensación económica", que no "indemnización", dando a entender que está fuera de la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

### **VII. Parte dispositiva**

Tras haber expuesto los argumentos indicados, la sentencia concluye estimando el recurso de casación interpuesto por el trabajador y anulando las sentencias recaídas en el procedimiento en la medida que no declararon la situación de abuso.

De todas las peticiones realizadas por el demandante solo acoge una: declarar que su situación, como personal estatutario de carácter temporal constituyó objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada.

En cuanto a las costas procesales no se hace imposición, habida cuenta de las dudas de Derecho existentes, y a la vista de los artículos 93 y 139 LJCA.

### **VIII. Pasajes decisivos**

El final del Fundamento de Derecho Cuarto contiene la respuesta a las cuestiones de interés casacional, que formula del siguiente modo:

*La utilización por la Administración sanitaria de personal de refuerzo y de personal interino para realizar una misma función y en un mismo centro, mediante nombramientos sucesivos y sin interrupción significativa de la continuidad en la relación de servicio, constituye objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada; máxime cuando dicha situación se prolonga durante un período dilatado de tiempo.*

*La calificación de la situación como objetivamente abusiva sólo puede excluirse si la Administración muestra que dicha utilización del empleo público de duración*

*determinada no estaba encaminada, en el caso concreto, a satisfacer una necesidad permanente.*

*El mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, en los términos que se acaban de señalar, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado.*

*De aquí que no quepa reconocer un derecho a indemnización por esa sola circunstancia; algo que el ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no permite*

## **IX. Comentario**

Desde la perspectiva que ahora interesa, el examen de esta resolución judicial sirve para traer a colación algunos criterios de la jurisprudencia laboral.

### **1. La inestabilidad de la propia categoría de PINF**

Las razones que han abocado a nuestra jurisprudencia a proyectar esta categoría conceptual sobre determinadas relaciones laborales son las siguientes:

- Nuestra Constitución exige que el acceso al empleo público esté presidido por el respeto a los principios de igualdad mérito y capacidad.
- El acceso a un empleo público de carácter fijo solo es posible respetando esos principios.
- Los abusos o fraudes en materia de temporalidad, que en el ámbito privado comportan la conversión del contrato en fijo, no pueden tener esa consecuencia en el ámbito del empleo público.

La jurisprudencia viene considerando como una solución armónica con las diversas normas en presencia la atribución de la condición de PINF a quienes han sido víctimas de abuso o fraude en la contratación desde la perspectiva de las normas laborales. De este modo se concilian derechos heterogéneos:

- Las personas perjudicadas por los abusos contractuales acceden a un estadio diverso al de personal estrictamente temporal:

Ya no cabe la válida terminación del contrato por la llegada del término final, la expiración de la obra o servicio.

Pese a que hubiera finalizado la duración prevista de su contrato o la máxima legalmente admitida para la contratación temporal, poseen derecho a seguir prestando la actividad hasta que se convoquen pruebas para el acceso definitivo al empleo.

Adquieren el derecho a poder participar en las pruebas para acceder a la plaza ocupada.

Si se les impide, directa o indirectamente, la concurrencia a las citadas pruebas deben ser despedidos observándose las exigencias procedimentales y las consecuencias indemnizatorias comunes.

Si, por no concurrir o no superar las pruebas, su plaza acaba siendo ocupada por otra persona deben percibir la indemnización propia del despido objetivo.

- Las personas (indeterminadas) que no han podido concurrir a las pruebas para acceder a un empleo fijo ven preservados, al menos relativamente, sus derechos:

Se preserva la libertad fundamental de circulación de quienes quisieran intentar el acceso a las plazas correspondientes.

Se tutela el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio de las personas que deseen intentar hacerlo en el ámbito del empleo público.

- Las Entidades empleadoras del sector público también ven reforzada de este modo su posición institucional:

Los principios de mérito y capacidad permiten el reclutamiento de las personas con mejor preparación para desempeñar las tareas correspondientes.

Se impide la incorporación de personas fijas respecto de las que la entidad empleadora no ha emitido un consentimiento válidamente formado, en línea con lo expresado en ocasiones por el TJUE respecto del acceso a las propias Instituciones comunitarias.

## 2. El ajuste del PINF al Derecho de la UE

En alguna ocasión la jurisprudencia ha admitido que la categoría de PINF aparece como un *tertium genus* desde la óptica de la Directiva, que parte de una estricta dicotomía, y por eso el TJUE la subsume en la de personal de carácter temporal para, acto seguido, equiparar sus derechos con quienes poseen fijeza o advertir sobre la necesidad de que los abusos habidos posean tanto una compensación o resarcimiento cuanto un efecto sancionador o disuasorio.

El Tribunal Supremo ha venido dando una explicación detallada de las razones por las que considera que la colisión entre la citada norma y su doctrina es inexistente. Sin embargo, las afirmaciones de las diversas sentencias del Tribunal de Luxemburgo sobre esta cuestión suscitan ciertas dudas. En particular, así sucede tanto con el fallo cuanto con ciertas referencias de la STJUE 11 febrero 2021 (C-760/18). La diferencia entre el ordenamiento griego (en ella examinado) y el nuestro (que contiene la figura del PINF) puede justificar la pervivencia de la doctrina sobre PINF, pero en tanto el Tribunal de Luxemburgo no lo manifieste de modo explícito conviene abrazar la prudencia<sup>[3]</sup>.

## 3. La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 8 diciembre

La evolución del empleo en el sector público en España viene marcada por la enorme tasa de temporalidad, que ha llegado al extremo de que casi un treinta por ciento de los empleados públicos tienen o han tenido un vínculo profesional temporal con la Administración Pública, de modo que “la realidad nos ha mostrado un constante y sostenido aumento de la tasa de empleo temporal. Esta situación puede atribuirse a varios factores”<sup>[4]</sup>. Una de las normas que ha incidido sobre las relaciones laborales en la transición interanual (2021/2022) es la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Aunque aborda tanto el tema del funcionariado interino cuanto los procesos de estabilización temporal, ahora solo corresponde destacar las cuestiones conectadas con el personal laboral, en especial respecto de la interinidad por vacante.

### A) Cuestiones generales y formales

La Ley aparece publicada en el BOE de 29 de diciembre de 2021, con inmediata entrada en vigor, en concreto al día siguiente<sup>[5]</sup>. La inmediatez aplicativa queda mitigada desde una segunda perspectiva, como seguidamente veremos. Asimismo, a lo largo del precepto aparecen diversos plazos o hitos temporales. Antes de 31 diciembre 2024 deben finalizar los procesos selectivos de estabilización convocados al amparo de las LLPPGGEE para 2017 y 2018<sup>[6]</sup>.

En su primera parte articulada, la Ley aborda la regulación del funcionariado interino, añade una previsión sobre los principios aplicables a la selección de personal laboral en régimen de temporalidad y, lo más relevante, establece unas medidas para controlar la temporalidad (funcionarial o laboral en el empleo público).

Pues bien, todas estas prescripciones poseen un efecto de futuro porque “*serán de aplicación únicamente respecto del personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a su entrada en vigor*”<sup>[7]</sup>. Conviene advertir, sin embargo, que una

previsión intertemporal idéntica ya venía incorporada al RDL 14/2021. Puesto que la referida primera parte de la Ley lo que hace es replicar lo previsto en la norma de urgencia, el resultado práctico de todo ello es que el régimen fijado ahora acaba aplicándose a las contrataciones laborales realizadas a partir del 8 de julio de 2021<sup>[8]</sup>.

Por mandato de la DF Segunda de la Ley, esas previsiones de la primera parte (de eficacia solo para personal de nuevo ingreso) resultan pospuestas para “*personal docente*”, “*personal estatutario y equivalente de los servicios de salud*”. En concreto lo que se hace es fijar el plazo de un año<sup>[9]</sup> para llevar a cabo la “*adaptación de la normativa [...] de acuerdo con las peculiaridades propias de su régimen jurídico*”. La operación descrita es lo bastante ambigua como para permitir diversas fórmulas adaptativas, tanto en el plano normativo cuanto en el aplicativo. Ahora bien, lo que no parece posible es que los límites establecidos para el recurso de personal de carácter temporal (tiempo máximo, supuestos en que procede, medidas de controles, consecuencias) sean postergados en aras de esa traslación a las peculiaridades de ambos sectores. Avala esa advertencia la cautela incorporada por la propia previsión sectorial para el caso de que transcurra la anualidad sin haberse llevado a cabo<sup>[10]</sup>.

Sin que ello resulte preocupante, sí es sorprendente que la Ley se desentienda de la suerte corrida por el texto a partir del cual se gestó su tramitación parlamentaria, el Real Decreto.-Ley 14/2021, de 6 de julio, con igual denominación. Esta norma de urgencia<sup>[11]</sup>, en buena lógica, estaba llamada a su desaparición como consecuencia de tal procedimiento. Presuponiendo que ello es así y que ha sido derogado, curiosamente, la mencionada DF Segunda de la Ley prescribe que “*permanece en vigor*” un concreto aspecto (el referido a la adaptación en ámbitos sanitario y docente)<sup>[12]</sup>.

#### B) A la búsqueda del alineamiento con el Derecho de la UE

La norma desea satisfacer las exigencias del Derecho Comunitario sobre abuso de temporalidad. En síntesis, la doctrina que ha fijado el TJUE en esta materia 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 jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin.

Aunque no sea una opinión unánime, el Preámbulo explica cómo el TJUE sostiene que no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. Esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

En particular, el legislador toma en cuenta la ya extensa jurisprudencia del TJUE en relación con la interpretación de la Directiva 1999/70 (CE) del Consejo, de 28 de junio de 1999. Concretamente, se asigna especial relevancia a la STJUE del C726/19 (IMIDRA), de 3 de junio de 2021, que ha propiciado una nueva reflexión sobre determinados aspectos de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, reflejada en STS 649/2021, de 28 de junio. De ahí el esfuerzo por conseguir que pueda conjugarse adecuadamente el efecto útil de la Directiva mencionada con el aseguramiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

#### C) Control de la temporalidad en el empleo público

La mayor innovación aparece en la nueva Disposición adicional decimoséptima del EBEP sobre “*Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público*”. Su contenido recuerda mucho a lo prescrito por la Disposición Adicional 43<sup>a</sup> de la Ley 6/2018, LPGE para el año 2018. Con arreglo al número 1 de la nueva DA, las

Administraciones Públicas<sup>[13]</sup> “serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal”. Nos sitúa el legislador ante una responsabilidad de alcance indeterminado (indemnizatoria, reparadora, disciplinaria) y respecto de sujeto impersonal, esto es, referida al propio sujeto que aparece como empleador y no a las concretas personas que adoptan sus decisiones.

Se trata de una norma programática, sin que ello le reste relevancia. Su contenido constituye una obligada consecuencia de la exigencia constitucional conforme a la cual la Administración actúa “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” (art. 103.1 CE), pero viene a constituir la plataforma sobre la que se edifica el resto de previsiones, ya más concretas y operativas<sup>[14]</sup>.

#### D) Principio de responsabilidad personal.

Conforme al número 2 de la nueva DA 17ª EBEP, “las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”<sup>[15]</sup>. Esta norma sí plantea interrogantes de calado, que ahora resulta imposible examinar.

#### E) La “compensación económica” por abuso de temporalidad

**La “compensación económica”.**- Poniendo de relieve que quiere atender a las exigencias del Derecho de la UE y que está introduciendo una figura novedosa, el precepto contempla una “compensación económica” para los casos en que el personal laboral temporal haya prestado sus servicios para una Administración mediando incumplimiento de los plazos máximos de permanencia como tal.

Si esa anómala situación genera responsabilidades institucionales y personales (para la Administración, para quienes actúan en su nombre) ahora se completa la otra cara de la moneda: la persona afectada debe ser compensada. Se trata de una cantidad a tanto alzado e independiente de “la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica”.

Compensación económica e indemnización pasan, de este modo, a ser conceptos diversos; con finalidades similares pero regulaciones diversas. Si esta compensación surge como consecuencia de que la plaza desempeñada más allá del periodo máximo de temporalidad ha sido cubierta por quien la ha obtenido, estamos ante el mismo resultado a que ha llegado la jurisprudencia respecto del PINF. Si el cese no tiene lugar por esa causa estamos ante una compensación diversa. Cuando se deja a salvo la indemnización propia de la legislación laboral es seguro que se piensa en la del despido improcedente. Podría dudarse si también en la propia del despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, pero lo que expondremos más adelante inclina a descartar esta segunda hipótesis. Sí cabe pensar en la indemnización propia de un despido objetivo o colectivo de personas cuya prestación temporal haya ido más allá del máximo permitido.

**Cantidad de la compensación económica.**- La compensación del perjuicio sufrido por el abuso de temporalidad se establece en los mismos parámetros cuantitativos que en los casos de despido objetivo. Teniendo en cuenta la posibilidad de que el contrato finalice por una causa que genere abono de indemnización, la DA 17ª.5 establece un enrevesado régimen:

*Dicha compensación consistirá, en su caso, en 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, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año.*

Esta regla prescinde de la jurisprudencia sobre PINF puesto que va referida a personas que han prestado servicios en régimen temporal más allá de lo legalmente admisible, en tales casos estamos ante PINF y al término del contrato se tiene derecho

a percibir, cuando menos, una indemnización equivalente a la de la nueva "compensación".

El legislador no ha indicado, y el intérprete desconoce, en qué supuestos podemos encontrar un supuesto en que coincidan estos presupuestos: 1º) una temporalidad que supera los límites máximos; 2º) una terminación contractual que da lugar a indemnización inferior a 20 días de salario por año.

En esas condiciones, la conclusión es que estamos ante una "compensación económica" inoperante mientras se mantenga la figura del PINF. Con una salvedad: para devengar esa compensación no es necesario presentar reclamación alguna respecto de la destipificación del contrato como temporal y su conversión en indefinido (o fijo). No es descartable que el precepto persiga una minoración de la litigiosidad, al atribuirse ex lege la misma consecuencia patrimonial que comporta el acudimiento a los tribunales. A salvo, claro está que se considere existente un verdadero despido y no un mero cese por la causa, hasta ahora, típica del PINF.

**La extinción contractual como requisito adicional para el devengo.-** La cantidad de referencia surge para compensar el abuso de temporalidad, pero no se devenga por tal motivo nudamente sino que precisa, como verdadero presupuesto que tal situación haya desembocado en una extinción contractual no imputable a la persona afectada. Esa es la finalidad de la regla conforme a la cual "*el derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo*".

**Rechazo al método de "unidad esencial del vínculo".-** Con arreglo a jurisprudencia consolidada, las interrupciones no significativas entre contratos sucesivos tampoco rompen la continuidad de la relación laboral. Y si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente<sup>[16]</sup>. En supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando ha existido la unidad esencial del vínculo, lo que comporta que se le haya quitado valor con carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero, también, a interrupciones superiores a treinta días, cuando la misma no es significativa, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente. La clave radica en si ha habido una interrupción significativa de la relación laboral<sup>[17]</sup>.

En el caso de que haya habido fraude, la doctrina jurisprudencial sostiene que ello impone "un criterio más relajado -con mayor amplitud temporal- en la valoración del plazo que deba entenderse "significativo" como rupturista de la unidad contractual, habida cuenta de que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora. Máxime cuando la Directiva 99/70/CE se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales<sup>[18]</sup>.

Separándose de esta sólida línea jurisprudencial, ahora el legislador advierte que la cuantía de la compensación económica "*estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento*". Se trata de limitación tan comprensible cuanto insuficiente para evitar que litiguen quienes consideren que han sido sometidos a una sucesión contractual subsumible en la categoría de "unidad esencial". Eso, porque no parece probable que los tribunales abandonen esa construcción. Por tanto, la compensación económica servirá como una especie de anticipo a cuenta de la indemnización reconocida en sede judicial.

**Compensación de cantidades.-** Buena comprobación de que la indemnización por final de contrato del PINF y la compensación económica de la DA 17ª EBEP obedecen al mismo fin (compensar los abusos en la contratación) es que las cantidades son compensables y no acumulables. "*En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades*", establece el referido precepto.

**Supuestos excluidos.-** Pese a superarse los límites máximos para la duración temporal del contrato, se pierde el derecho a la compensación económica si la terminación del contrato se debe a despido disciplinario declarado procedente o renuncia voluntaria. En el fondo de estas dos exclusiones late un presupuesto claro y lógico: se trata de compensar el abuso de temporalidad solo a quien ha perdido su empleo sin causa que le sea imputable.

## X. Apunte final

No es necesario comentario especial alguno para evidenciar el diverso modo que las Salas del Tribunal Supremo han adoptado a la hora de aquilatar las consecuencias de que se infrinja una misma regulación. Está abierto el debate sobre el acierto de ambas doctrinas y a ello se añade el propio de esa aparente discordancia.

---

## Referencias:

1. <sup>^</sup> *El legislador se ha hecho eco de ella de modo tan impreciso como polémico en el EBEP (pues realmente se quiso contemplar el supuesto del profesorado de Religión, pero sin especificarlo en el texto normativo) y en el ET (Disposición Adicional 15ª: “el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”).*
2. <sup>^</sup> *Dicha cláusula 5 “[...] no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional[...]”, como concluyen las sentencias Sánchez Ruiz (C-103/18 y C-429/18) de 19 de marzo de 2020 (parágrafo 118) e Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (C-726/19) de 3 de junio de 2021 (parágrafo 79).*
3. <sup>^</sup> *Véase la STS (Pleno) 641/2020 de 13 julio (rcud. 155/2018).*
4. <sup>^</sup> *Así lo reconoce la extensa Exposición de Motivos del RDL 14/2021 de 6 de julio (RDLTEP).*
5. <sup>^</sup> *Conforme a su DF Tercera (“entrada en vigor”) “Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.*
6. <sup>^</sup> *DTr Primera*
7. <sup>^</sup> *Así lo establece la Disposición Transitoria Segunda, rubricada como “efectos”.*
8. <sup>^</sup> *Cf. la DF Tercera del RDL 14/2021, de 6 de julio.*
9. <sup>^</sup> *La DF Segunda de la Ley se remite a lo previsto en su homónima del RDL, de modo que el día inicial debiera situarse en el 8 de julio de 2021.*
10. <sup>^</sup> *El último párrafo de la DF Segunda del RDL añade que “Transcurrido dicho plazo sin que se produzca la citada adaptación de la legislación específica serán de plena aplicación a este personal las previsiones contenidas en los citados preceptos del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”.*
11. <sup>^</sup> *Convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, publicado por Resolución de 21 de julio de 2021 en el BOE del día 28.*
12. <sup>^</sup> *La Ley ocupa diecisiete páginas del BOE nº 312 del año 2021; diez de ellas exponen, en forma de Preámbulo, las razones que abocan a la adopción de las distintas previsiones. La disposición, por así decirlo, juega con el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP).*
13. <sup>^</sup> *Sorprende que omita la mención al resto de entidades del sector público.*

14. <sup>^</sup> *Consciente de todo ello, añade la Disposición que “las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal”.*
15. <sup>^</sup> *No se reitera la prohibición de reconocer la condición de indefinido no fijo salvo que haya sentencia judicial en ese sentido. La polémica sobre si ello es deliberado y el estado de la cuestión ya ha surgido. En su resolución no estará ausente una reflexión acerca de las exigencias de la “interpretación conforme” de nuestro ordenamiento con el Derecho de la UE.*
16. <sup>^</sup> *Entre otras muchas SSTS de 29 de septiembre de 1999 (rec. 4936/1998); 15 de febrero de 2000 (rec. 2554/1999 ); 15 de noviembre de 2000 (rec. 663/2000); 18 de septiembre de 2001 (rec. 4007/2000); 27 de julio de 2002 (rec. 2087/2001) 19 de abril de 2005 (rec. 805/2004) y 4 de julio de 2006 (rec. 1077/2005), todas recopiladas por la STS 290/2016 de 14 abril (rcud. 3403/2014).*
17. <sup>^</sup> *STS 703/2017 de 21 septiembre (rcud. 2764/2015) y las en ella citadas.*
18. <sup>^</sup> *STJCE 4 julio 2006, asunto Adeneler.*