

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

159/2021
Cuarto Trimestre

159

LAS MEDIDAS PARA REDUCIR EL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL A LA LUZ DEL ASUNTO IMIDRA Y DEL RDLEY 14/2021

IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ

*Profesor Agregado y TU Acreditado de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

EXTRACTO

Palabras clave: empleo público temporal, Directiva 1999/70, abuso en la temporalidad

El estudio analiza las reglas dirigidas a evitar y sancionar el abuso en la temporalidad del sector público introducidas en el EBEP por el RD Ley 14/2021 y, por un lado, identifica las que entran en conflicto con las previstas en el Estatuto de los Trabajadores (planteando un conflicto de fuentes normativas); y, por otro lado, cuestiona que estas nuevas medidas puedan ser calificadas como efectivas y, por consiguiente, se estén ajustando a las exigencias comunitarias que se derivan de la cláusula 5ª de la Directiva; y también sugiere que el nuevo régimen de compensación económica previsto para evitar y sancionar el abuso podría estar vulnerando el principio de no discriminación de la cláusula 4ª.

ABSTRACT

Key words: Public fixed-term employment, Directive 1999/70, abuse arising from the use of successive fixed-term employment contracts.

The study analyses the new legal framework to prevent abuse arising from the use of successive fixed-term employment contracts or relationships introduced in the EBEP by the RD Ley 14/2021 and, on the one hand, identifies those rules that might be in conflict with the ones established in the Estatuto de los Trabajadores (which might raise a normative sources conflict); and, on the other hand, points that these measures might not respect the Directive 1999/70 requirements in order to prevent abuse, and also suggests that the new economic compensation could breach the principle of non-discrimination.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO INICIAL: EL CONTEXTO PREVIO AL RDLEY 14/2021
2. EL ASUNTO IMIDRA Y EVENTUALES ESCENARIOS NTERPRETATIVOS FUTUROS
 - 2.1. El asunto IMIDRA: el criterio del TJUE y la reacción del TS
 - 2.2. La cuestión prejudicial del JS/3 Barcelona
3. EL RDLEY 14/2021
 - 3.1. Art. 2 RDley 14/2021: impacto del proceso de estabilización en el régimen sustantivo laboral
 - 3.2. La nueva DA 17ª EBEP (art. 1.tres RDley 14/2021)
4. VALORACIÓN FINAL

1. PLANTEAMIENTO INICIAL: EL CONTEXTO PREVIO AL RDLEY 14/2021

La temporalidad en el sector público, insoportablemente alta, arrastra una conflictividad extrema en los últimos años, experimentando una acusada aceleración a partir del asunto *de Diego Porras* ¹. Recuérdese que, en el marco del principio de no discriminación entre contratos temporales e indefinidos que prevé la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70, el TJUE exigió la equiparación indemnizatoria de la extinción de la relación de duración determinada con la prevista para la resolución por “causas de empresa”.

La posterior rectificación del TJUE (asuntos *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*²), diferenciando nuevamente los citados regímenes indemnizatorios, no obstante, no se tradujo (en absoluto) en un restablecimiento del *statu quo* anterior (ni, por consiguiente, neutralizó el “efecto sísmico” provocado³).

En efecto, el ap. 64 del asunto *Montero Mateos*, en el marco de la citada cláusula 4ª, al exigir que los contratos con fin imprevisible y duración inusualmente larga deben ser declarados indefinidos, precipitó una nueva avalancha de resoluciones, en especial, de personas trabajadoras interinas por vacante del sector público. Frente a las primeras interpretaciones de la doctrina judicial apostando por una regla que permitía ofrecer cierta certeza – y seguridad jurídica (y que, entre las diversas opciones posibles, optó por un plazo de 3 años, principalmente, en base al

¹ STJUE 14 de septiembre 2016 (C-596/14).

² SSTJUE (2) 5 de junio 2018 (C-677/16 y C-574/16).

³ Extensamente al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, I., “Guía práctica (1) para el seguimiento de la doctrina del TJUE sobre contratos temporales: ‘de Diego Porras I’ a ‘Montero Mateos’”, Blog del Autor, 3 de febrero 2020.

art. 70.1 EBEP⁴), la Sala IV del Tribunal Supremo (rectificando su propio criterio⁵) se mostró reacio a aceptar este planteamiento. En concreto, afirmó que el contenido del citado precepto iba referido estrictamente a “la ejecución de la oferta de empleo público” (y el citado plazo no era relevante a estos efectos) y, por ende, no podía aplicarse (automáticamente) a estas situaciones, con la consiguiente declaración de la condición de indefinido no fijo, sino que debía procederse a un análisis caso por caso⁶. Este enfoque *se* tradujo en una nueva cascada de resoluciones, en virtud de las cuales, se rechazó dicho reconocimiento por el simple transcurso de los citados 3 años⁷.

En paralelo a lo anterior, la jurisprudencia añadió dos “matices” interpretativos que restringieron notablemente las posibilidades de aplicar el controvertido apartado del asunto *Montero Mateos*:

- En primer lugar, a partir de una discutible argumentación, sustituyó el concepto “inusualmente largo” por el de “injustificadamente largo”⁸. El matiz no es baladí, pues, frente a la simple constatación de la duración (y su evaluación, al margen de la causa de temporalidad, como más o menos prolongada) que se desprende del criterio del TJUE, se estaba exigiendo un nuevo requisito y, por ende, endureciéndolo (lo que, dicho sea de paso, provocaba una velada migración de la discusión desde la cláusula 4ª a las medidas contra el abuso que prevé la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70); y,

⁴ SSTSJ\Soc CyL\Valladolid 11 de junio 2018 (rec. 833/2018); 5 de diciembre 2018 (rec. 1308/2018); 29 de octubre 2018 (rec. 1489/2018); y (2) 12 de julio 2018 (rec. 1066/2017; y rec. 982/1018); y Cantabria 23 de noviembre 2018 (rec. 641/2018). Extensamente al respecto también, Beltran de Heredia Ruiz, I., “El apartado 64 del caso Montero Mateos: impacto en las relaciones laborales”. En Agustí Julià (Dir.), *XXX Jornadas Catalanas de Derecho Social Trabajo, protección, mujer e igualdad*, CEJFE, Docs 6.

⁵ SSTs 14 de julio 2014 (rec. 1847/2013); 15 de julio 2014 (rec. 1833/2013); y 14 de octubre 2014 (rec. 711/2013).

⁶ STS 24 de abril 2019 (rec. 1001/2017).

⁷ Que se tenga constancia, al menos, así se ha pronunciado en más de 250 ocasiones. Véase al respecto: Beltran de Heredia Ruiz, I., “¿Qué es un indefinido no fijo?”, Blog del Autor, 20 de septiembre 2021, <https://ignasibeltran.com/que-es-un-indefinido-no-fijo/#sts24abril19>

⁸ STS 5 de diciembre 2019 (rec. 1986/2018). Un análisis crítico en, Beltran de Heredia Ruiz, I., “A propósito del apartado 64 ‘Montero Mateos’: ¿‘inusualmente’ es equivalente a ‘injustificadamente’?”, Blog del Autor, 27 de enero 2020, <https://ignasibeltran.com/2020/01/27/a-proposito-del-apartado-64-montero-mateos-inusualmente-es-equivalente-injustificadamente/>. Y una recopilación de resoluciones en este sentido, en Beltran de Heredia Ruiz, I., “¿Qué es un indefinido no fijo?”, op. cit.

En segundo lugar, apartándose (de nuevo) de lo apuntado por el TJUE (asunto *Rodica Popescu*⁹ y *Mascolo*¹⁰), entendió que la restricción presupuestaria provocada por la crisis financiera era un motivo suficiente para justificar duraciones muy prolongadas¹¹ (incluso, con capacidad para “blanquear” abusos anteriores a la misma)¹².

En paralelo a esta evolución, la volatilidad interpretativa en relación con la compleja figura de los indefinidos no fijos (en adelante, INF) no ha contribuido a esclarecer este alambicado panorama. Cerrada la posibilidad de acudir a las “amortizaciones simples” (para interinos por vacante¹³ e INF¹⁴), la cuestión relativa a la indemnización en caso de cobertura reglamentaria de la plaza también fue objeto de debate (fijándose, finalmente, en 20 días con un máximo de 12

⁹ ATJUE 21 de septiembre 2016 (C-614/15).

¹⁰ STJUE 26 de noviembre 2014 (C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13). Y más recientemente, en el marco de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco, STJUE 8 de octubre 2020 (C-644/19), *Universitatea ‘Lucian Blaga’ Sibiu*.

¹¹ En concreto, la STS 9 de junio 2020 (rec. 2088/2018) afirma: “Recordemos que esas restrictivas previsiones tienen como uno de sus objetivos cumplir con las exigencias de estabilidad presupuestaria que el Derecho de la UE impone hasta el extremo de haber obligado a una reforma constitucional (art. 135 CE). Y el propio Derecho primario de la UE sienta las bases de esa exigencia en los artículos 121 (supervisión multilateral) y 126 del TFUE (procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo), y en el Protocolo (n.º 12) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo. Este canon hermenéutico, por tanto, ha de ser especialmente considerado cuando se abordan cuestiones como la presente, donde entran en juego previsiones de Derecho eurocomunitario. Si, con ese importantísimo apoyo normativo, no cabía la convocatoria de plazas durante diversos ejercicios y se trata de periodo que afecta al caso, es evidente que no cabe hablar de incumplimiento por parte de la entidad empleadora. No podemos suscribir la tesis de que el art. 70 EBEP queda incólume porque ninguna referencia se contiene al mismo en tales normas de restricción presupuestaria”

¹² STS 22 de mayo 2019 (rec. 2469/2018) entiende que no procede indemnización a interina por vacante desde 2002 a 2016, porque en 2009 se procedió a la convocatoria del proceso extraordinario de consolidación de empleo afectada por congelaciones legislativas de las ofertas de empleo público desde RD Ley 20/2011 (sin cuestionar si entre 2002 y 2009 podría calificarse la relación como indefinida en virtud del apartado 64 *Montero Mateos*). Y, en términos similares, para una relación desde 2003 a 2017, entendiendo que no ha habido fraude STS 23 de mayo 2019 (rec. 2211/2018). Y más explícitamente, la STS 22 de mayo 2019 (rec. 1336/2018) entiende (en una relación que se ha prolongado desde 2003 a 2016) que “La conversión en indefinido no fijo sólo podría venir derivada, en todo caso, de la apreciación de la existencia de fraude o abuso en la contratación, circunstancia que aquí no aparecen constatadas, no existiendo, pues, elementos que puedan llevarnos a afirmar que se ha desnaturalizado la causa de temporalidad del contrato de trabajo”

¹³ STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013).

¹⁴ STS 24 de julio 2014 (rec. 2693/2013).

mensualidades¹⁵). Lo que no deja de ser discutible, pues, tratándose de una relación “temporal” (aunque, como se apuntará, se trata de una construcción ciertamente “liquida”), contrasta con las indemnizaciones previstas para el resto de los contratos temporales *ex art. 49.1.c ET*, por un lado; y la negativa a reconocer una compensación a los interinos (por vacante y sustitución) en virtud de la doctrina *de Diego Porras 2*¹⁶, por otro. De hecho, a la luz de este criterio comunitario, teniendo en cuenta la variedad de situaciones que, hoy en día, pueden precipitar la condición de INF (cesión ilegal, falsos autónomos, etc.), es dudoso que la indemnización reconocida a este colectivo en caso de cobertura reglamentaria de la plaza pueda ser entendida como “adecuada” a los ojos de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70. Especialmente porque este importe se abona sin discriminar entre el origen abusivo o no de dicha calificación. En relación con esta última cuestión y a los efectos meramente expositivos, dado que es un elemento que va a ser empleado en diversas ocasiones en este estudio, permítanme que también me refiera a él, genéricamente, como el “problema de comparabilidad”.

En paralelo, la extensión de los requisitos de acceso al empleo público a las sociedades empresariales públicas (estatales¹⁷ y autonómicas¹⁸) ha incrementado sustancialmente el ámbito subjetivo de los INF (debiéndose predicar también respecto de los trabajadores con contrato “indefinido” de dichos entes que no superaron proceso selectivo alguno).

Además, en la medida que la condición INF en los casos de temporalidad ilícita no puede ser reconocida por la propia administración (*ex DA 34ª.Dos LPGE’17*)¹⁹, no es infrecuente que los propios afectados no estén interesados en precipitarla, pues, está anudada (al menos formalmente) a la convocatoria de un proceso selectivo de resultado incierto²⁰.

A su vez, siguiendo con los INF, la inestabilidad hermenéutica en relación con su naturaleza jurídica ha sido extrema, manteniéndose, en la actualidad,

¹⁵ SSTs 28 de marzo 2017 (rec. 1664/2015); y 28 de marzo 2019 (rec. 997/2017).

¹⁶ STJUE 21 de noviembre 2018 (C-619/17).

¹⁷ Por todas, SSTs (2) 18 de junio 2020 (rec. 2811/2018; rec. 1911/2018).

¹⁸ SSTs 2 de julio 2020 (rec. 4195/2017); y 26 de enero 2021 (rec. 71/2020).

¹⁹ La STSJ Islas Baleares 23 de octubre 2019 (rec. 183/2019), sobre esta cuestión establece: “conviene advertir que la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público puede ser denunciada por quien haya sido injustamente preterido o por los representantes de los trabajadores, pero es más que dudoso que pueda invocarse por la propia fundación de titularidad pública que habría propiciado tal vulneración, cuando la finalidad perseguida no es la restauración de los derechos vulnerados sino el mantenimiento del fraude de Ley en la contratación temporal mediante la figura del indefinido no fijo”.

²⁰ Lo que ha llevado a un sector de la doctrina a referirse a estas personas trabajadoras como “indefinidos sí fijos”. Esta figura “vendría a ser un indefinido no fijo ‘sin papeles’: el trabajador

una dualidad (en función de las circunstancias del caso) difícilmente admisible en términos de la dogmática jurídica. En efecto, para el Tribunal Supremo, la proclamación de su naturaleza temporal²¹ no es incompatible con el hecho de que puedan ser también “fijos-discontinuos”²². Aunque, recientemente, también ha admitido que son personal contratado por “tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice”²³. Al respecto, no debe olvidarse que sobre la naturaleza temporal o indefinida de esta figura pende, al cerrar este estudio, una cuestión prejudicial (en adelante, CP) formulada por el JS/3 de Barcelona²⁴ (a la que se hará referencia posteriormente).

Esta última reacción es ilustrativa de una dinámica recurrente de los últimos años: han sido diversas las CP formuladas por órganos jurisdiccionales del orden social y del contencioso-administrativo. Y las reacciones del TJUE, como si de vasos comunicantes se tratara, se han proyectado a ambos ámbitos de forma indistinta (aunque, ciertamente, la jurisdicción contenciosa, hasta la fecha, ha sido mucho menos “receptiva” que la social).

Lo anterior es especialmente relevante en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*²⁵. En este importante caso (planteado por un JC-A), en el que (vaya por delante) se rechaza que la Directiva 1999/70 exija la declaración de “fijeza” (ap. 130), el TJUE establece un conjunto de criterios que también impactarán en la construcción interpretativa vigente hasta ese momento en la jurisdicción social:

- En primer lugar, matizando una doctrina muy consolidada, admite (siguiendo las orientaciones de la AG – ap. 44) que la cláusula 5ª puede aplicarse a situaciones en las que propiamente no haya una “sucesión de contratos”, siempre que se haya producido un incumplimiento injustificado en la convocatoria de los procesos de selección.
- En segundo lugar, en el análisis de posibles “medidas equivalentes” para combatir el abuso, rechaza que la convocatoria de procesos de selección pueda ser categorizada como tal si no está sometida a plazo alguno y tampoco se da prioridad alguna a las personas afectadas por el abuso (precisando

formalmente temporal (por su origen), materialmente indefinido (por las irregularidades cometidas en torno a su contratación) y virtualmente fijo”. López Pérez, J. F., “¿Qué hacer con el trabajador indefinido sí fijo de las administraciones públicas?”, *Diario La Ley*, 8988/2017.

²¹ Tras una evolución muy inestable, así se ha establecido a partir de la STS 2 de abril 2018 (rec. 27/2017).

²² SSTs 11 de abril 2018 (rec. 2581/2016); 20 de septiembre 2018 (rec. 2494/2016); y 2 de julio 2020 (rec- 1906/2018).

²³ SSTs (2) 2 de julio 2021 (rec. 73/2020; y rec. 1325/2020).

²⁴ Auto 27 de julio 2021.

²⁵ STJUE 19 de marzo 2020 (C-103/18 y C-429/18).

de que “esto no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada”).

- En tercer lugar, la transformación a INF, como respuesta al abuso, tampoco es una “medida equivalente”²⁶.
- Y, en cuarto lugar, afirma que una indemnización equiparable a la prevista para el despido improcedente podría ser una “medida equivalente” siempre que, tras el análisis del órgano remitente, se considere que es suficientemente disuasiva y compensatoria²⁷.

La reacción de la Sala IV ante este cambio interpretativo es difícil de valorar, pues, pese a afirmar que se alineaba totalmente con la del TJUE²⁸, siguió exigiendo la “sucesión” para la aplicación de la cláusula 5ª (a pesar del incumplimiento manifiesto de las convocatorias por parte de las administraciones públicas)²⁹, mantuvo que la duración debía ser “injustificadamente larga” y también que la restricción presupuestaria derivada de la crisis financiera describía un paréntesis justificativo (obviando los criterios comunitarios anteriormente descritos)³⁰. Y, cuando procedía, sostuvo que el reconocimiento de la condición de INF era una medida adecuada para combatir el abuso en la temporalidad.

²⁶ En concreto, afirma: “se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido. Además (...), a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en ‘indefinidos no fijos’ no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo”.

²⁷ La literalidad del TJUE es como sigue: “debe tener específicamente por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”. Y, “es necesario además que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula”.

²⁸ Entre otras, SSTs 9 de junio 2020 (rec. 2088/2018); 10 de junio 2020 (rec. 3550/2018); 1, 2, 6 y 7 de octubre 2020 (rec. 2137/2019; rec. 4663/2018; rec. 1381/2019; y rec. 2968/2019); 24 de junio 2020 (rec. 525/2018); 16 de julio 2020 (rec. 4727/2018).

²⁹ Entre otras, SSTs 9, (2) 10 y (2) 12 de junio 2020 (rec. 2088/2018; rec. 4845/2018; rec. 4455/2018; rec. 3491/2018; y rec. 4841/2018); y 13 de abril 2021 (rec. 1022/2019); y 13 de enero 2021 (rec. 3547/2018); 2 y 16 de febrero 2021 (rec. 1332/2019; rec. 1813/2018).

³⁰ SSTs 10 de junio 2020 (rec. 3550/2018); 1, (2) 2, 6 y (2) 7 de octubre 2020 (rec. 4663/2018; rec. 2137/2019; rec. 2578/2018; rec. 1381/2019; rec. 1690/2019; y rec. 2968/2019); 13 de enero 2021 (rec. 3547/2018); 14 de abril 2021 (rec. 2556/2019); 24 de junio 2020 (rec. 525/2018); 16 de julio 2020 (rec. 4727/2018)

En paralelo, la posible declaración de “fijeza” ante situaciones de abuso de personas interinas ha sido una cuestión que ha emergido tanto en el ámbito social³¹, como en el contencioso-administrativo³² (aunque no sea objeto de atención en este estudio). En la doctrina judicial, la previa superación de un proceso selectivo temporal se ha erigido en algunos casos en un elemento suficiente para reconocerla³³ (aunque también se ha rechazado³⁴); y no parece que vaya a ser admitido por la Sala IV (dada las diferencias respecto de los procesos a plazas fijas³⁵). En otros conflictos de naturaleza distinta, se ha admitido si se ha superado un proceso selectivo, pero no se ha acabado adquiriendo la plaza³⁶. También se ha declarado la “fijeza” a interinos tras abusos manifiestos por aplicación del art. 15.5 ET³⁷.

Pues bien, en este alambicado y profundamente imbricado contexto se formula la CP formulada por el TSJ de Madrid³⁸ y que ha culminado con la resolución del TJUE en el importante asunto *IMIDRA*³⁹ (precipitando un giro jurisprudencial por parte de la Sala IV del TS – y, probablemente, también debería hacerlo la Sala III).

Este (cambiante e impreciso) acervo jurisprudencial es, si se me permite la expresión, el “terreno de juego” en el que debe desplegarse el contenido del RD Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Norma, vaya por delante, que no está exenta de lagunas e imprecisiones y, por ello, anida un número potencial de controversias nada despreciable.

³¹ En la instancia, SJS/18 Valencia 22 de mayo 2021 (núm. 221/2021); SJS/1 Guadalajara 1 de febrero 2021 (núm. 105/2021); SJS/11 Bilbao 4 de marzo 2021 (núm. 134/2021); SJS/1 Toledo 30 de octubre 2020 (núm. 445/2020).

³² Reconociendo la condición de “empleado público fijo no funcionario de carrera”, SSJC-A\4 Alicante 8 de junio 2020 (núm. 252/2020); (5) 23 y 31 de marzo 2021 (núm. 143/2021; núm. 144/2021; núm. 145/2021; núm. 146/2021; núm. 148/2021; y núm. 163/2021).

³³ SSTSJ Galicia 28 de junio 2018 (rec. 1102/2018); 30 de abril 2019 (rec. 4813/2018); y 13 de mayo 2019 (rec. 280/2019); 7 de noviembre 2019 (rec. 2079/2019); y 16 de junio 2020 (rec. 5330/2019); y 9 de diciembre 2020 (rec. 1631/2020); y ATSJ Galicia 19 de enero 2021.

³⁴ SSTSJ Galicia 30 de octubre 2019 (rec. 1710/2019); 11 de junio 2020 (rec. 5173/2019); 11 y 17 de junio 2020 (rec. 5173/2019; y rec. 9/2019); y 1 de julio 2020 (rec. 5589/2019).

³⁵ SSTS 17 de septiembre 2020 (rec. 154/2018); y 30 de septiembre 2020 (rec. 112/2018); ni proceso de selección para ocupar plaza temporal ni entrevista personal son suficientes *ex art.* 103.3 CE. Y en el ámbito C-A, en estos términos también, SAN\C-A 30 de marzo 2021 (rec. 8/2018); y SJC-A/1 Elche 21 de mayo 2021 (rec. 618/2020).

³⁶ SSTSJ Baleares 25 de marzo y (2) 15 de abril 2020 (rec. 136/2019; rec. 131/2019; y rec. 110/2019).

³⁷ SSTSJ Madrid 17 de febrero 2021 (rec. 845/2020); y 24 de junio 2020 (rec. 237/2020); y 11 de noviembre 2020 (rec. 551/2020).

³⁸ Auto 23 de septiembre 2019 (rec. 876/2018).

³⁹ STJUE 3 de junio 2021 (C-726/19).

Así pues, tras esta (extensa y necesaria) “introducción”, se está en disposición de describir el objeto de este trabajo. Y, en concreto, es doble:

- En primer lugar, en aras a complementar la descripción del “terreno de juego” brevemente descrito, se analiza la doctrina del TJUE en el asunto *IMIDRA* y la posterior reacción del Tribunal Supremo adaptándose a la misma (en función de las circunstancias). Este primer estadio de la exposición se complementará con el estudio de la CP formulada por el JS/3 de Barcelona citada relativa a los INF, evaluando los posibles escenarios que se derivan de la misma.
- En segundo lugar, a partir de este (difuso y cambiante) contexto, se analizará el contenido del RD Ley 14/2021 y sus complejas implicaciones desde el punto de vista jurídico laboral. Especialmente porque la reforma únicamente ha afectado al EBEP, manteniéndose intacto el ET (provocando numerosas dudas para su aplicación pacífica).
- Si bien es cierto que, al cierre de este trabajo, se trata de una norma en trámite de negociación parlamentaria (y, por ende, susceptible de – profunda - modificación), en la medida que ha sido convalidado, debe ser objeto de estudio, pues, ya ha desplegado su plena eficacia jurídica.

2. EL ASUNTO IMIDRA Y EVENTUALES ESCENARIOS INTERPRETATIVOS FUTUROS

La cláusula 5ª de la Directiva 1999/70, así lo reitera el TJUE en cada ocasión que es interpelado, reconoce a los Estados miembros la libertad para escoger los medios dirigidos a prevenir los abusos en la contratación temporal, exigiendo que presenten garantías de protección efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción.

En lo concerniente al ordenamiento jurídico español, como vuelve a evidenciarse en el asunto *IMIDRA* (sentencia 3 de junio 2021, C-726/19), la controversia respecto del cumplimiento de estas directrices ha suscitado una conflictividad extrema.

En este caso (que centrará el objeto del epígrafe que sigue a continuación), dando respuesta a la CP formulada por el TSJ de Madrid⁴⁰, también puede apreciarse un uso, si se me permite la expresión, “instrumental” del TJUE, pues, es empleado

⁴⁰ Un análisis “prospectivo” sobre los efectos de esta CP, a partir de la literalidad de su formulación en Beltran de Heredia Ruiz, I., “Sector público y abuso en el empleo laboral temporal: nueva interpelación (¿esclarecedora?) al TJUE”, Blog del Autor, 27 de noviembre 2019, <https://ignasibeltran.com/2019/11/27/sector-publico-y-abuso-en-el-empleo-laboral-temporal-nueva-interpelacion-esclarecedora-al-tjue/>

como medio para tratar de forzar un cambio en la doctrina jurisprudencial interna (probablemente, en desagrado del Alto Tribunal).

Y, en esta línea también pueda catalogarse la CP formulada por el JS/3 de Barcelona, en la que solicita que se dilucida si los INF son, a los efectos de la Directiva 1999/70, personal temporal o indefinido (y que será analizada en el último de los epígrafes de este apartado).

Las páginas que siguen se centrarán en abordar ambas cuestiones en aras a completar el “contexto” en el que deberán desplegarse las medidas contra el abuso previstas en el RDLey 14/2021.

2.1. El asunto IMIDRA: el criterio del TJUE y la reacción del TS

La fundamentación del TJUE en el asunto *IMIDRA*, en una aproximación general, no puede ser descrita, estrictamente, como “novedosa” con respecto a sus precedentes. Lo “destacable”, en cambio, radica en un nuevo “ensamblaje” de elementos ya expuestos con anterioridad y, especialmente, el hecho de que la resultante acaba describiendo (contra pronóstico) unas reglas interpretativas diferenciadas a las mantenidas hasta la fecha. No obstante, la situación es especialmente compleja porque, en algunos aspectos, sostiene planteamientos, en cierta medida, contradictorios y, con ello, obliga a una labor de “reconstrucción” hermenéutica (con el riesgo de incurrir en un indeseado espiguelo interpretativo). En cualquier caso, su impacto a nivel interno es indudable, pues, acabará forzando la rectificación de la Sala IV (que, como se ha apuntado, no estaba alineada con el mandato del Acuerdo Marco).

El conflicto que precipita la CP formulada por el TSJ de Madrid se refiere a una trabajadora interina por vacante de la Comunidad de Madrid (de 2003 a 2016 – previa prórroga en 2008) que ha sido cesada por cobertura reglamentaria de la plaza. La cuestión es que el criterio jurisprudencial vigente en ese momento impide que pueda transformarse la relación en INF (y, por ende, el abono de una compensación económica al cubrirse la plaza). Y ello, a pesar de la pasividad de la Administración a la hora de convocar el proceso de selección (sin olvidar el impacto de la crisis financiera al respecto).

Teniendo en cuenta lo anterior, el órgano remitente, tomando como referencia el apartado 64 del asunto *Montero Mateos*, en esencia, pregunta si se ajusta a la cláusula 5ª una normativa nacional y su interpretación que, en relación con los contratos de interinidad,

- no contiene ninguna indicación en cuanto a las razones objetivas que justifican la renovación de dichos contratos o su duración máxima;
- no precisa el número máximo de renovaciones de estos;

- no incluye medidas legales equivalentes; y
- no prevé ninguna indemnización para los trabajadores en caso de despido.

No obstante, con carácter previo al análisis de estas cuestiones, el TJUE debe evaluar si concurren las condiciones objetivas para la aplicación de la cláusula 5ª a este caso. Esto es, si se ha producido una “sucesión” de contratos. En este sentido, el criterio del TJUE, como se ha avanzado, no puede ser calificado como “novedoso”, porque, en esencia, mantiene lo expuesto en el asunto *Sánchez Ruiz*. Así pues, reitera que, aunque se celebre un único contrato, la citada cláusula también debe ser aplicada en casos de prórroga automática en los que el mantenimiento en una plaza vacante se deba al “incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante”. Especialmente porque la modificación de la fecha de finalización de un contrato temporal constituye un cambio esencial asimilable a la celebración de una nueva relación de duración determinada y, por ende, permite concluir que concurre la exigida “sucesión”. Si no se entendiera de este modo, prosigue el TJUE, no sólo podría emplearse a trabajadores de forma precaria durante años, sino que también excluiría a un gran número de contratos de la protección que la Directiva 1999/70 pretende, posibilitando un indeseado uso abusivo de la temporalidad.

En relación con las cuestiones que debe esclarecer el órgano comunitario anteriormente enumeradas, tras reiterar que el Acuerdo Marco no impone una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada, el TJUE vuelve a ser interpelado para determinar si los procesos selectivos pueden ser descritos como una medida equivalente para evitar el abuso. Y, como ya hizo en *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, reitera que, efectivamente, pueden prevenir abusos siempre que se desarrollen en los plazos establecidos. No obstante, en este caso, el foco de atención recae en el plazo de 3 años previsto en el art. 70.1 EBEP y, en concreto, en su interpretación por parte del Tribunal Supremo. Al respecto infiere que no es una medida legal contra el abuso equivalente porque, si bien permite, indirectamente, “evitar perpetuar las relaciones temporales de trabajo de las personas que ocupan plazas vacantes”, este plazo “puede ser objeto de prórroga por diversos motivos, de modo que ese mismo plazo es tan variable como incierto”. Y, en opinión del TJUE, tal y como estaba siendo interpretada por el TS, la imprecisión en la convocatoria y finalización de los procesos de selección (esto es, la ausencia de un plazo fijo), puede materializarse en una “renovación” de los contratos temporales para “atender a necesidades que, en realidad, no son provisionales, sino, al contrario, permanentes y duraderas”. Lo que constituye una vulneración del Acuerdo Marco porque no puede ser calificado como una “medida de prevención de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5”.

En este panorama de reiteración de criterios hermenéuticos, no obstante, destaca la “recuperación” de la declaración de INF como medida adecuada para sancionar el abuso. Y se trata de un reenfoque “inesperado”, porque en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, explícitamente, se había descartado su validez. En este sentido, tras recordar que no es contrario a la Directiva una normativa nacional que prohíba la transformación de los contratos temporales a indefinidos siempre que haya otra medida eficaz para evitar y sancionar el abuso, siguiendo el razonamiento de *Martínez Andrés/Castrejana López*, el TJUE afirma que dicha controvertida figura puede ser una medida “apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco”⁴¹.

En cuanto a la indemnización prevista en el art. 49.1.c ET y su consideración como una medida efectiva y disuasoria para combatir y sancionar el abuso, siguiendo la doctrina de *Diego Porras 2*, reitera que no puede serlo porque su abono es “independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”. No obstante, complementando esta idea añade (ap. 76) que se socava el efecto útil de la Directiva si, no existiendo ninguna medida efectiva para evitar y sancionar los abusos de los contratos de interinidad, no se les abona la indemnización prevista para el resto de los contratos.

De modo que, teniendo en cuenta lo sintetizado en los dos párrafos anteriores, concluye, “una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por una parte, prohíbe tanto la asimilación de trabajadores contratados sobre la base de sucesivos contratos de interinidad a ‘trabajadores indefinidos no fijos’ como la concesión de una indemnización a dichos trabajadores y, por otra parte, no establece ninguna otra medida efectiva para prevenir y sancionar los abusos eventualmente constatados respecto de los empleados del sector público no parece (...), atenerse a las exigencias que se derivan de la jurisprudencia [comunitaria]”.

Finalmente, en respuesta a los efectos de los límites presupuestarios sobre los procesos selectivos, afirma que “aunque (...) pueden fundamentar elecciones

⁴¹ Recuérdese que en estos casos se refieren respectivamente, a un funcionario interino y a un eventual estatutario que han sido cesados tras una larga vinculación y el TJUE, siguiendo una controvertida exposición sobre las reglas aplicables a los INF en caso de cese, entiende que tienen derecho a la reincorporación obligatoria previa a la declaración de INF (lo que, lejos de ser generalizable, únicamente puede predicarse en los supuestos (por ejemplo, de “amortización simple”) en los que superando los umbrales del despido colectivo no se ha seguido el cauce procedimental adecuado y se ha acabado decretando la nulidad). Extensamente al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, I., “Cese de funcionario interino y de personal estatutario eventual, readmisión y conversión a indefinidos no fijos (Comentario a la SSTSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2016, recs. núms. 625/2013 y 735/2013)”, CEF – RTSS, núm. 407/2017, pp. 221 y ss.

de política social de un Estado miembro e influir en la naturaleza o el alcance de las medidas que pretende adoptar, no constituyen en sí mismas un objetivo de esa política y, por tanto, no pueden justificar la falta de cualquier medida preventiva contra la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco”. De modo que tales consideraciones económicas “no pueden restringir ni incluso anular la protección de que gozan los trabajadores con contrato de duración determinada (...) y, en particular, los requisitos mínimos previstos en la cláusula 5 del Acuerdo Marco”. Por ello, concluye que la cláusula 5ª “debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada”.

Del análisis de la fundamentación del asunto *IMIDRA* pueden destacarse los siguientes elementos:

- En primer lugar, a pesar de la argumentación del TSJ de Madrid, que gravitaba sobre el citado apartado 64 *Montero Mateos*, es digno de mención que el TJUE no haga referencia al mismo (de hecho, aparece de forma explícita en una de las cuestiones prejudiciales – la cuarta). Esta omisión puede tener diversas lecturas (e interpretar sobre algo que no se ha dicho siempre tiene un componente especulativo muy elevado). No obstante, una de ellas podría ser la siguiente: el TJUE no sigue esta senda porque, como se ha expuesto, el famoso apartado 64 se dictó en el marco de la cláusula 4ª (no discriminación). Por consiguiente, al ser interpelado en el marco de la cláusula 5ª no podía entrar a valorarla. Si esta interpretación fuera correcta, significaría que este apartado 64 sigue teniendo plena validez y la interpretación del TS, reconduciéndola hacia el carácter “injustificado” de la duración (en vez de inusual), ya no podría seguir manteniéndose. O, dicho de otro modo, cabe calificar una relación como indefinida si se constata que el fin es imprevisible y la duración inusualmente larga (sin necesidad de justificar la existencia de un abuso). Adviértase también que, en el marco de la cláusula 4ª, tampoco sería exigible el requisito de la sucesión (ni en su interpretación estricta ni en la “matizada”).
- En segundo lugar, la exigencia de un término cierto para los procesos de selección, quizás, podría contradecir con la idea de que, según el ap. 64 *Montero Mateos* debía procederse a un análisis *ad casum* y que también ha defendido el TS. No obstante, el hecho de que el TJUE, precisamente (como se ha apuntado anteriormente), no haya acudido al concepto de “duración inusualmente larga y fin imprevisible” (por estar referido a la cláusula 4ª) disiparía esta posible contradicción.

- En tercer lugar, al considerar que la figura de INF es una medida adecuada para sancionar el abuso en la temporalidad de los interinos por vacante, el TJUE incurre en una cierta argumentación “circular” (o, según se mire, ha acabado contradiciéndose). Especialmente porque conviene recordar que en *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* había rechazado esta solución, precisamente, por los mismos motivos que ha descartado que la interpretación del TS sobre el art. 70 EBEP sea adecuada. Sin olvidar que, si son relaciones de duración determinada, está proponiendo una nueva relación temporal para combatir el abuso (lo que, en su momento, llevó a la AG en sus conclusiones al asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* a oponerse a esta solución porque implicaba una perpetuación de la precariedad). De modo que, para evitar entrar en una espiral argumentativa de imposible materialización, creo que debería colegirse que el recurso a la figura de INF que proviene de una interinidad por vacante sólo puede ser adecuada si también exige un plazo máximo para culminar el proceso selectivo. No tendría sentido que se exigiera para la interinidad por vacante y no para los INF (que están estrechamente unidos – aunque para la Sala IV no son equiparables⁴²).

A su vez (como ya se ha expuesto), la indemnización prevista para los INF en caso de cobertura reglamentaria de plaza sigue sufriendo las mismas carencias que en su día fueron empleadas por el TS para rechazar el reconocimiento de la indemnización ex art. 49.1.c ET a los interinos (“problema de comparabilidad”). Y, por ello, debería incrementarse para el colectivo que provenga de la aplicación de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70.

- En cuarto lugar, es importante recordar que el TJUE habilita la posibilidad de reconocer una indemnización a los interinos si no existe ninguna medida efectiva contra el abuso (lo que puede suceder si no se solicita la condición de INF o no se cuestiona la invalidez del cese). En tal caso, podría valorarse si el “principio de efectividad” podría ser suficiente para reconocer esta compensación⁴³.
- Y, en quinto lugar, es importante valorar si el TJUE ha descartado o no la declaración de “fijeza”. En este sentido, como se ha expuesto, aunque la Directiva 1999/70 no fuerce la transformación a indefinidos, es obvio que, si sigue sin articularse medidas efectivas que eviten el abuso, el TJUE no se opone a que pueda ser la respuesta (lo ha planteado en diversas ocasiones

⁴² Por todas, STS 14 de mayo 2019 (rec. 4321/2017).

⁴³ Recuérdesse que el TJUE (por ejemplo, en *Martínez Andrés/Castrejana López*) ha afirmado que, a la luz del principio de efectividad del Acuerdo Marco, el mismo “se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”.

y para otros contextos normativos – recientemente, *Gondomar*⁴⁴ y *Agios Nikolaos*⁴⁵). No obstante, para el caso español, parece que es una opción que tiene un recorrido muy restringido. Como se ha apuntado, el contenido del ap. 130 de *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* (condicionándolo a la superación de un proceso selectivo) y, ahora, la reconducción de estos casos a la figura de INF (que también exige un proceso de selección de acuerdo con los principios constitucionales de acceso al empleo público) lo confirman⁴⁶. Y, a nivel interno, como se ha expuesto, la jurisprudencia (administrativa y social) están descartando como suficientes los procesos selectivos dirigidos a cubrir un puesto temporal⁴⁷.

La reacción del TS adaptándose a la doctrina *IMIDRA* no se ha hecho esperar, aunque manifestándose abiertamente contrariado (con el TJUE y/o el TSJ de Madrid), pues, entiende que su aproximación ha sido, o bien, malinterpretada, o bien, parcialmente expuesta⁴⁸.

En síntesis, la sentencia 28 de junio 2021 (rec. 3263/2019), dictada en Pleno y sin votos particulares, establece los siguientes criterios⁴⁹:

- *Primero*: aunque no se haya producido propiamente una “sucesión” de contratos, cabe entender que se ha producido un abuso si el proceso selectivo no ha sido convocado por motivos injustificados. En concreto, “una duración excesivamente larga del contrato de interinidad debida,

⁴⁴ ATJUE 30 de septiembre 2020 (C-135/20).

⁴⁵ STJUE 11 de febrero 2021 (C-760/18).

⁴⁶ Aunque, quizás, debería admitirse para casos verdaderamente extremos: como el resuelto por la STSJ Madrid 17 de febrero 2021, rec. 845/2020 (274 contratos en 31 años en Correos y Telégrafos). Un comentario al respecto en, Beltran de Heredia Ruiz, Ignasi, “El TSJ de Madrid reconoce la fijeza a interina por vacante de Correos y Telégrafos tras 274 contratos en 31 años”, Blog del Autor, 6 de febrero 2021, <https://ignasibeltran.com/2021/06/02/el-tsj-de-madrid-reconoce-la-fijeza-a-interina-por-vacante-de-correos-y-telegrafos-tras-274-contratos-en-31-anos/>

⁴⁷ Ver nota *supra*.

⁴⁸ Un análisis detallado del caso, en Sempere Navarro, A. V., “Interinidad por vacante de larga duración (Caso IMIDRA)”, RJS, núm. 7/2021; Cavas Martínez, F., “Transformación del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por dilación injustificada en la provisión de la plaza”, RJS, núm. 7/2021; Rojo Torrecilla, E., “La saga ‘personal interino laboral’. Modificación de la jurisprudencia del TS (y a la espera de la anunciada reforma del EBEP). Análisis de la sentencia de 28 de junio de 2021”, Blog del Autor, 1 de julio de 2021, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/07/la-saga-personal-interino-laboral.html>.

⁴⁹ El caso se refiere a una trabajadora interina por vacante durante 12 años del Patronato de la Alhambra y el Generalife que cesa como consecuencia de la cobertura del puesto de trabajo por concurso de traslados. Confirmada una indemnización en la instancia y suplicación, la empresa interpone recurso de casación (aportando como sentencia de contraste la STSJ Andalucía\Málaga 1 de marzo 2018 (rec. 1884/2017).

exclusivamente, a la falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo en orden a la configuración de la decisión judicial sobre la duración del contrato. Igualmente, el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato, expectativas que derivan de los tiempos ordinarios para la cobertura de la vacante que ocupa, y que deben ser tenidas en cuenta en la apreciación judicial de la situación y en la calificación de la propia contratación. También el hecho de que los trámites administrativos para la cobertura de la vacante se dilaten en el tiempo de manera innecesaria. Circunstancias todas ellas que obligan a prescindir de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva y de las indeseables consecuencias inherentes a tal situación cuales son la persistencia innecesaria en situación de temporalidad”.

- *Segundo*: la contención presupuestaria derivada de la crisis de 2008 no justifica la extensión temporal de la interinidad por vacante. En concreto, a la luz del caso *IMIDRA*, sostiene que “consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada”. Por ello, afirma que “Desaparece de esta forma la razón por la que nuestra anterior doctrina entendía justificada, en concretas y determinadas circunstancias ligadas a la vigencia temporal de las leyes presupuestarias citadas, la prolongada extensión de tales contratos, lo que necesariamente obliga a rectificarla en ese extremo”.
- *Tercero*: la figura de INF es una reacción adecuada para combatir el abuso. Específicamente afirma, “aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del art. 4.1 y 2.b RD 2720/1998 (...), una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo”.

- *Cuarto*: fija un plazo de 3 años máximo para la interinidad por vacante, precipitando la conversión en INF. En efecto, aunque la interinidad por vacante no está sujeta a un período de tiempo acotado, no puede admitirse que el desarrollo de los procesos de selección o de cobertura de vacantes pueda dejarse al arbitrio del ente público empleador y, consecuentemente, dilatarse en el tiempo de suerte que la situación de temporalidad se prolongue innecesariamente. De modo que, sin perjuicio de lo que se prevea en el propio proceso de selección y admitiendo cierta flexibilidad (“salvo muy contadas y limitadas excepciones”), entiende (a la luz del art. 15.1.a ET, la Ley 44/2006 y el art. 70.1 EBEP) que “los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga”.
- y, *Quinto*: la cobertura reglamentaria de la plaza de un INF debe traducirse en el abono de una indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades.

No obstante, como ya se ha expuesto, esta construcción sigue manteniéndose alejada de los mandatos del TJUE. En concreto, a mi entender, siguen pendientes de determinar importantes aspectos (al menos 2):

- *Primero*, asumiendo que la calificación de INF, para los casos que no se haya producido un cese, exige la cobertura reglamentaria de la plaza, a la luz del asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, conviene delimitar, a su vez, un plazo máximo para que se lleve a cabo (de otro modo, se estaría perpetuando esta situación de precariedad).
- *Segundo*, el importe de la compensación en caso de cese a los INF (el anteriormente citado “problema de comparabilidad”) sigue mostrándose incompatible con lo expuesto en *de Diego Porras 2*.

La conflictividad sobre esta cuestión es fácilmente apreciable al constatar la gran cantidad de resoluciones que, desde la STS 28 de junio 2021 (rec. 3263/2019), ya ha resuelto la Sala IV sobre esta temática (lo que sugiere que la bolsa de casos a la espera de resolución podría ser muy elevado)⁵⁰. Además, también ha tenido ocasión para fijar algunos matices relevantes en relación con el reconocimiento de la indemnización. Así, ha establecido que, en cese de interino, no procede dicha compensación, pese haber superado el plazo de 3 años, si se han publicado diversas convocatorias y han quedado desiertas⁵¹; y tampoco si la extinción es regular, no

⁵⁰ Al cierre de este trabajo, que se tenga constancia, ya son más de 60 las sentencias reiterando la doctrina de la STS 28 de junio 2021 (rec. 3263/2019). Véase al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, I., “¿Qué es un indefinido no fijo?”, op. cit.

⁵¹ STS 1 de julio 2021 (rec. 2443/2019).

ha sido cuestionada y no se ha superado el citado periodo de tiempo⁵². Del mismo modo, no puede reconocerse compensación alguna si, pese a superarse el citado lapso, no se ha solicitado la condición de INF ni cuestionando invalidez del cese⁵³. Y es de esperar que, en un futuro no muy lejano, emerjan nuevas problemáticas y matices y/o ajustes derivados de la rica casuística que el elevado número de asuntos pendientes de resolución a buen seguro “atesoran”.

2.2. La cuestión prejudicial del JS/3 Barcelona

La CP planteada por el JS/3 Barcelona TJUE (Auto 27 de julio 2021) es una muestra más de la dificultad de encaje de la “singular” figura de los INF en el ordenamiento jurídico y, particularmente, en el comunitario, pues, es binario.

En opinión del Magistrado remitente, la interpretación del TJUE respecto a la naturaleza temporal o indefinida de los INF es requerida porque “en virtud de tal clarificación se podrá resolver la reclamación que ha dado lugar al procedimiento que se sigue en este juzgado, cuando se reclama, como petición principal, la declaración de la relación laboral ‘fija’ ya que se ha constatado que la sucesión de contratos y de prórrogas realizadas se han realizado en fraude de ley”⁵⁴.

El repaso del origen jurisprudencial de esta figura y del carácter binario de la normativa comunitaria, sin que se conozcan categorías intermedias (como sí hace el ordenamiento interno al distinguir entre contratos temporales, fijos e INF), es el punto de partida de la fundamentación del citado auto. En concreto, entiende (tras repasar los diversos estadios del acervo comunitario) que (*ex Agios Nikolaos*) cabe la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha transformación en el sector público. Y también sostiene que el concepto “indefinido”, en contraposición a los contratos de trabajo de duración determinada, se refiere a relaciones estables y no sujetos al cumplimiento de una condición o de un término para que se extingan. De ahí que, “no parece que sea una interpretación conforme la de considerar que los contratos por tiempo indefinido

⁵² STS 6 de julio 2021 (rec. 4606/2019).

⁵³ STS 26 de julio 2021 (rec. 1902/2019).

⁵⁴ El caso que da origen a esta nueva CP se refiere a un trabajador de la Universitat de Barcelona que ha encadenado de forma fraudulenta diversos contratos temporales (primero de obra y servicio y, posteriormente, de interinidad por vacante) desde 2002 (desarrollando sin solución de continuidad las mismas funciones y sin que se haya convocado alguna vez la plaza ocupada por el trabajador demandante).

Pese a que en la demanda inicialmente se solicita la condición de INF, posteriormente, se amplió la demanda, modificando la petición en el sentido de que el reconocimiento que reclamaba era de “empleado público fijo”.

pueden extinguirse por una causa ligada a un factor temporal, como puede ser, y ese es el caso de la interpretación actual en el Estado español, la cobertura de la vacante que obligatoriamente se debe producir y se producirá”. Y añade (*ex IMIDRA*) que el abono de una indemnización no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5ª, pues, tal abono, es “independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”.

Partiendo del carácter abusivo de la contratación en el caso objeto de enjuiciamiento, la anterior aproximación se complementa con la idea de que, en opinión del órgano remitente, la respuesta al conflicto debería resolverse con la aplicación del art. 15.3 ET. No obstante, a diferencia del sector privado, para los empleados públicos, la respuesta ha sido la figura del INF que, a pesar de los cambios interpretativos, siempre ha mantenido un denominador común: “no era posible reconocer la misma estabilidad que a los empleados del sector privado”.

Y llegados a este estadio alcanza dos razonamientos (a mi modo de ver muy relevantes):

- *Primero*: “El contrato del personal ‘indefinido no fijo’ está sometido a condición, la cual está vinculada a la obligación de la Administración pública de cubrir reglamentariamente la plaza, y en el momento en que se cubre esa plaza ocupada, se extingue el contrato de trabajo de ese ‘indefinido no fijo’. Este criterio implica equiparar la situación de las personas con las que se ha utilizado abusivamente –o fraudulentamente– la contratación temporal y cuyo efecto, según la legislación española, sería la del reconocimiento de su contrato como indefinido, con las que han suscrito un contrato de interinidad, y cuya vigencia es, por su propia naturaleza, temporal”.
- *Segundo*: “En este momento la sentencia del Tribunal Supremo de 28.06.21, ha establecido que si la contratación temporal supera los 3 años, se reconoce la misma indemnización que corresponde al despido por causas objetivas prevista legalmente en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 53). Es decir, se ha incorporado la indemnización como un factor para prevenir la utilización abusiva de los contratos temporales, pero mantiene la misma naturaleza temporal de las personas consideradas ‘indefinidas no fijas’, puesto que la vigencia de su contrato está ligada al cumplimiento de una circunstancia que se producirá con toda seguridad –la cobertura de la vacante que ocupa–, lo cual desvirtúa por completo el efecto útil de la Directiva, ya que la indemnización se erige en la única medida, no eficaz, para prevenir la contratación temporal, y con cargo al erario público”.

Esta matriz argumentativa se traduce en la formulación de dos cuestiones prejudiciales, en las que, a la luz del contenido de la cláusula 3ª del Acuerdo Marco, básicamente se plantea si la figura de INF debe asimilarse a un trabajador con contrato de “duración indefinida”, o bien, a uno de “duración determinada” (enfaticando que, según la doctrina jurisprudencial interna, estas relaciones se

extinguen en el momento en que se cubre la vacante que se ocupa y que la misma se cubrirá obligatoriamente, aunque no se conozca la fecha exacta).

Pues bien, a la luz de lo expuesto, puede afirmarse que el interés de esta CP radica en lo siguiente:

- *Primero*: porque entiende que la figura de INF está sometida a condición. Planteamiento que, si bien comparto⁵⁵, no se alinea con la interpretación “vigente” del TS (como se ha expuesto, son temporales o indefinidos en función de las circunstancias). No obstante, dadas las dificultades para encajar en el “molde” de los contratos temporales y en el de los indefinidos, quizás, sería más adecuado (y simple) partir de la base de que son contratos sometidos a condición (nos ahorraría la “cuadratura del círculo”). Al menos, a nivel interno.
- *Segundo*: a nivel comunitario, el ajuste de los INF en las categorías conceptuales de la Directiva 1999/70 es más complejo porque el universo conceptual es binario. No obstante, el TJUE ya se ha pronunciado al respecto en dos ocasiones. En efecto, en los asuntos *Huétor Vega*⁵⁶ y *Vernaza Ayovi*⁵⁷ ya declaró que son contratos “temporales” (y podría, simplemente, remitirse a tales precedentes).
- *Tercero*: llegados a este estadio (y tratando de proyectar escenarios posibles a partir del acervo comunitario existente), parece que el fallo del TJUE queda limitado a dos opciones (incompatibles): entender que los INF tienen una relación temporal (A); o bien, indefinida (B):
(A) Si, siguiendo lo declarado en asuntos precedentes, ratifica que se trata de una relación de duración determinada, en hipótesis, podría colegirse que la calificación de INF no podría ser adecuada a la luz de la Directiva 1999/70, pues, se estaría combatiendo el abuso con más temporalidad. Y, por este motivo, probablemente, permitiría aplicar el art. 15.3 ET y reconocer la “fijeza”⁵⁸.

No obstante, antes de alcanzar esta conclusión, debería valorarse si esta conversión describe una medida respetuosa con el contenido de la Directiva 1999/70. Esto es, si las obligaciones anudadas a la figura de INF se erigen en “medidas equivalentes” en términos de la cláusula 5ª (aunque postergadas en el tiempo): la cobertura reglamentaria de la plaza y la indemnización en el momento

⁵⁵ Extensamente, Beltran de Heredia Ruiz, I. *Indefinidos no fijos: una figura en la encrucijada*, Bomarzo, 2021, pp. 55 a 58.

⁵⁶ ATJUE 11 de diciembre 2014 (C-86/14).

⁵⁷ STJUE 25 de julio 2018 (C-96/17).

⁵⁸ En la línea de, por ejemplo, de la STSJ Madrid 17 de febrero 2021 (rec. 845/2020) anteriormente citada.

que se materializa (lo que, como se expone, no está garantizado a la luz del RD Ley 14/2021).

Veamos, a continuación, cada una (desconociendo si el TJUE entrará a valorar las mismas o no):

- *En relación con la cobertura de la vacante*, si bien es cierto (como se apunta en la CP) que los INF quedan sometidos a reglas similares a las previstas para los interinos por vacante (pues, la relación se extingue con la cobertura reglamentaria de la plaza), es importante tener en cuenta que, a diferencia de estos (*ex STS 28 de junio 2021*), no se prevé un plazo para que la misma se lleve a cabo (lo que, recuerden, llevó al TJUE en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* a dictaminar que, con esta configuración, no podía ser considerada como una “medida equivalente”).

En cambio, reparen que la CP asume que la cobertura reglamentaria de la plaza es un hecho que acabará produciéndose con toda seguridad (“la vigencia de su contrato está ligada al cumplimiento de una circunstancia que se producirá con toda seguridad –la cobertura de la vacante que ocupa”). Esta afirmación es controvertida por dos motivos: en primer lugar, porque, de ser así, no encajaría con la naturaleza *condicional* (*incertus an incertus quando*) que proclama el propio Auto; y, en segundo lugar, porque materialmente puede suceder que no se convoque nunca la plaza (a pesar de la obligación a la que está sometida la administración). Esta última circunstancia podría ser relevante, dado que podría alterar el presupuesto de partida de la CP y condicionar la respuesta del TJUE.

En todo caso (al margen de lo anterior), lo cierto es que, como ya se apuntó en *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* e *IMIDRA*, no puede afirmarse que la cobertura reglamentaria, considerada de forma aislada, pueda equipararse a una “medida equivalente”.

Sin embargo, sin perjuicio de lo que se apuntará en el epígrafe que sigue, téngase en cuenta que el contenido del art. 2.4 RD Ley 14/2021 podría tener alguna incidencia en esta última (eventual) conclusión (“limando” de paso una de las objeciones que manifestó el TJUE en tan citado asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* al modelo interno), pues, aunque el resultado del proceso selectivo sigue siendo incierto, los INF (siempre que sigan siendo temporales) estarían en mejores condiciones que quienes no ostentan dicha calificación (lo que, juntamente con la previsión –sin concreción aún– de responsabilidades derivadas de la nueva DA 17ª EBEP –*ex art. 1. Tres RD Ley 14/2021*– podría, en una visión de conjunto, precipitar el cambio de valoración por parte del TJUE – a pesar de que, en virtud de la DT 2ª RD Ley 14/2021, no sería aplicable al caso).

- *En relación con la indemnización*, en la fundamentación de la CP, quizás, hubiera sido conveniente hacer una descripción del contexto en el que la misma se ubica (aunque se refiera a realidades que escapan del ámbito de

la Directiva 1999/70). Especialmente porque (como ya se ha apuntado en diversas ocasiones en este estudio – “problema de comparabilidad”), todos los INF, con independencia de su origen (cesión ilegal, falsos autónomos, etc.), perciben idéntica compensación en caso de cobertura reglamentaria (de modo que, en puridad, el percibo de esta indemnización no es una medida “específica” dirigida a sancionar y evitar el incumplimiento de la cláusula 5ª).

Por consiguiente, creo que, sin esta visión más amplia (de “contexto”), podría suceder que el TJUE acabe infiriendo que lo concluido en *de Diego Porras 2* no es aplicable al caso (recuérdese que, en síntesis, en este asunto cuestionaba que la compensación del art. 49.1.c ET pudiera describirse como una medida contra el abuso porque se abona con independencia de que haya o no un abuso). En consecuencia, si alcanza esta conclusión (y asumiendo que los interinos no perciben indemnización alguna al finalizar de forma reglamentaria la relación contractual), esto podría llevar al TJUE a afirmar que la indemnización actualmente prevista para los INF (20 días por año con un máximo de 12 mensualidades – superior a la prevista en el art. 49.1.c ET) pueda equipararse a una “medida equivalente” ex Directiva 1999/70. De hecho, recuerden que en el asunto *Huétor Vega* (sin el “contexto” al que se ha hecho referencia) el TJUE dio por válida la compensación del art. 49.1.c ET (y, en términos similares, también lo hizo la STS 7 de noviembre 2016, rec. 766/2016).

Por consiguiente (teniendo en cuenta la argumentación del Auto y los precedentes comunitarios), aunque los INF estén sujetos a una relación “temporal” en términos de la Directiva 1999/70, en hipótesis, el TJUE podría acabar declarando que la posterior indemnización cuando la cobertura reglamentaria sea efectiva es una “medida equivalente”.

Ahora bien, si concluye que ninguna de estas previsiones normativas puede ser calificada como “medidas equivalentes” (individual o en su conjunto), es obvio que la respuesta al abuso en la temporalidad no podría pasar por transformar la relación en INF (forzando al magistrado remitente – como se ha apuntado – a la aplicación del art. 15.3 ET).

(B) Si, en cambio, el TJUE concluye que son relaciones “indefinidas” (no temporales), es claro que la cobertura reglamentaria de la plaza no puede erigirse en un motivo de ineficacia contractual (pues, no tendría sentido que un contrato de esta naturaleza esté sometido a término/condición). Lo que, en mi opinión, implicaría que, si la administración procediera al cese por este motivo, debería declararse la improcedencia de la extinción.

A su vez (y probablemente con más calado que lo anterior), si la relación no es de duración determinada ya no podría exigirse un proceso selectivo. Lo que, *a priori*, iría en contra de lo afirmado por el propio TJUE en el apartado 130 del asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez* (aunque ya se ha visto que el TJUE no

tiene inconveniente en cambiar de criterio sin necesidad de justificarse – no lo hizo en *de Diego Porras 2*, con respecto a *de Diego Porras 1*, y tampoco lo ha hecho en *IMIDRA*, con respecto a Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez).

- Y, *cuarto*: en esta compleja cuestión no debe olvidarse la tramitación como proyecto de Ley (por la vía de urgencia) del recién convalidado RD Ley 14/2021 (al que se hará referencia a continuación). En su articulado definitivo podrían añadirse nuevas reglas que (aunque por motivos temporales no fueran aplicables al caso) podrían acabar calificándose como “medidas equivalentes” a los efectos de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70 (y, por ende, condicionar la valoración final⁵⁹).

A la luz de todo lo anterior, no cabe duda de que la CP analizada, a pesar de plantear un aspecto (relativamente) “simple” (si los INF son “temporales” o “indefinidos”), contiene una “carga de profundidad” que, ciertamente, podría alterar significativamente la estabilidad del marco interpretativo vigente.

3. EL RDLEY 14/2021

El ordenamiento jurídico español, como se ha expuesto en los epígrafes anteriores (el “contexto”), carece de una respuesta satisfactoria a las exigencias comunitarias para combatir el abuso de la temporalidad en el sector público. Y el RD Ley 14/2021, como se expone en su extensa Exposición de Motivos, aspira a satisfacer este mandato admitiendo que “la experiencia acumulada nos presenta, por tanto, una realidad que se aleja de la deseable”. Descartada “la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente”⁶⁰ como medio para combatir el abuso, el objetivo de la reforma (tan ambicioso como difícil de alcanzar) “es situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por ciento en el conjunto de las Administraciones Públicas españolas”. Con este propósito, la reforma pone el foco de atención en tres dimensiones: “adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente, articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad a futuro y, por último, potenciación de la

⁵⁹ Finalmente, tampoco debería menospreciarse la reciente incorporación de la Magistrada Lourdes Arastey al TJUE. Especialmente porque puede contribuir a que este órgano comunitario conozca de primera mano los detalles de este alambicado contexto interno y, desde este punto de vista, quizás, le ayude a aplicar la sintonía fina que en otras ocasiones se le ha objetado (sin ir más lejos, como se acaba de exponer, por la propia Sala IV).

⁶⁰ “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”.

adopción de herramientas y una cultura de la planificación para una mejor gestión de los recursos humanos”⁶¹.

Y aunque el Legislador es plenamente conocedor de lo que debe hacerse (esto es, “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”), no puede afirmarse que, en lo que al personal laboral temporal se refiere, el resultado final haya alcanzado este objetivo de forma plenamente satisfactoria. O, al menos, son muchas las incógnitas que plantea (no debiéndose descartar que su contenido acabe precipitando nuevas interpelaciones al TJUE para evaluar su adecuación al Acuerdo Marco).

Sin pretender un análisis pormenorizado del contenido del RD Ley 14/2021, el propósito de las páginas que siguen es identificar los aspectos controvertidos de sus dos principales medidas contra el abuso, a los efectos del personal laboral temporal: el proceso de estabilización del empleo temporal previsto en el art. 2 RD Ley 14/2021 y la nueva DA 17ª del EBEP (regulada en el art. 1 RD Ley 14/2021).

Asumiendo que el contenido de esta última únicamente se proyecta respecto de las relaciones iniciadas a partir de su entrada en vigor (*ex* DT 2ª RD Ley 14/2021), a efectos de la sistemática expositiva, permítanme que empiece el análisis con la respuesta a los problemas del presente (esto es, el contenido del art. 2 citado).

3.1. Art. 2 RD Ley 14/2021: impacto del proceso de estabilización en el régimen sustantivo laboral

El proceso de estabilización regulado en el art. 2 y, en concreto, su apartado 6º impacta de un modo profundo en el régimen sustantivo del personal laboral temporal y en los criterios que lo han estado interpretando⁶². Y, vaya por delante

⁶¹ Añadiendo que esta reforma se inspira en los siguientes principios ordenadores: “apuesta por lo público, dotando a la Administración del marco jurídico necesario para prestar con garantía y eficacia los servicios públicos; profesionalización del modelo de empleo público, con el centro en el personal funcionario de carrera y la delimitación de los supuestos de nombramiento de personal temporal; mantenimiento de la figura de personal funcionario interino, estableciendo su régimen jurídico de cara a garantizar la adecuada utilización de esta modalidad de personal y exigencia de responsabilidad de la Administración ante una inadecuada utilización de la figura de personal funcionario interino, contribuyendo por otra parte, a impulsar y fortalecer una adecuada planificación de recursos humanos”.

⁶² Párrafo 1º: “Corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración

que estas reglas, de acuerdo con la doctrina reciente del TS, también son extensibles a las sociedades empresariales públicas sujetas al EBEP.

En relación con su literalidad, y teniendo en cuenta el “contexto” anteriormente descrito, pueden formularse las siguientes notas críticas sobre su contenido (seis):

- *Primera*: es cierto que, como se acaba de recoger, el TJUE no ha exigido que la reacción frente al abuso en la temporalidad deba ser la declaración de “fijeza”. No obstante, téngase en cuenta que, a pesar de esta negación (y del propio contenido del ap. 130 del asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, anteriormente citado), si se constatará la inexistencia de medidas contra el abuso y/o las equivalentes fueran insuficientes, debería abrirse esta posibilidad.

- *Segunda*: en la medida que sólo puede accederse al proceso de estabilización *ex art. 2 RD Ley 14/2021* si las plazas acumulan 3 años a 31 de diciembre 2020 (art. 2.1 RD Ley 14/2021), *a priori*, no es improbable que los interinos por vacante que se presenten puedan convertirse en INF en virtud de la STS 26 de junio 2021 (rec. 3263/2019).

Por otra parte, aunque es posible que no esté en la mente de los redactores del RD Ley 14/2021, cabría plantearse si la discusión sobre la naturaleza temporal o indefinida de los INF podría tener alguna afectación en la participación de este colectivo en el proceso de estabilización.

- *Tercera*: debe establecerse una distinción en función de la participación o no en el proceso de selección y permítanme que lo centre en el colectivo de interinos por vacante (pues, estimo que es el más numeroso).

Si participan en el proceso de estabilización y superan el proceso selectivo, aunque el RD Ley 14/2021 no les reconoce la percepción de una compensación de forma expresa, reparen que, teniendo en cuenta lo apuntado en el punto anterior, si se declara su relación como abusiva (y, por ende, son calificados como INF), podrían aspirar al importe que prevé la STS 26 de junio 2021 (rec. 3263/2019).

En estos casos de superación del proceso de selección por parte de los interinos por vacante (al margen de lo recién apuntado respecto a la posible transformación a INF), cabe plantearse si es conforme a la Directiva 1999/70

por la no superación del proceso selectivo de estabilización”. Párrafo 2º: “En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación consistirá 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 períodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades”. Y párrafo 3º: “La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso”.

que no se perciba, pese al abuso (por superación de un plazo de 3 años), compensación alguna. Tratando de hallar una respuesta (siendo extensible para todo el colectivo del personal temporal laboral susceptible de percibir la indemnización *ex art. 49.1.c ET*), como hipótesis, podría plantearse si la preferencia en el proceso de selección prevista en el art. 2.4 RD Ley 14/2021 podría ser una medida equivalente que compensara una ausencia de indemnización (o, cuando sea el caso, la prevista en el art. 49.1.c ET). Extremo que, dado que supone comparar magnitudes diferenciadas, es, ciertamente, difícil de valorar.

A su vez, el hecho que el régimen de responsabilidad previsto en la nueva DA 17ª EBEP (art. 1 RD Ley 14/2021) sólo se aplique a las relaciones formalizadas a partir de la entrada en vigor del RD Ley 14/2021 impide que, como sostuvo el TJUE en el asunto *Santoro*⁶³, pueda afirmarse que el ordenamiento jurídico cuente con una medida sancionadora efectiva. Complementando lo anterior, tampoco puede aseverarse que el contenido de la DA 43ª TRES de la LPGE '18 (vigente, al menos, para todas las relaciones contractuales anteriores a la entrada en vigor del RD Ley 14/2021), pueda ser calificada como una medida “efectiva” (especialmente, porque no tengo constancia que se haya aplicado en alguna ocasión).

Finalmente, *si los interinos por vacante participan en el proceso de selección y no lo superan*, tienen derecho a la indemnización de 20 días con un máximo de 12 meses prevista en el art. 2.6 RD Ley 14/2021 (incluso, en el caso de que pasen a formar parte de las bolsas a las que se hace referencia en la DA 4ª RD Ley 14/2021).

- *Cuarta*: en relación con el resto de personal temporal laboral, puede inferirse que tienen derecho al percibo de la indemnización conforme a lo previsto en el art. 49.1.c) ET si superan el proceso selectivo (salvo que sean o se califiquen como INF – en cuyo caso se aplicaría lo expuesto en el punto anterior). Este importe debe incrementarse hasta los 20 días, con un máximo de 12 meses (*ex art. 2.6 RD Ley 14/2021*), si se produce el cese por la no superación de este (compensación que también deben percibir en el supuesto

⁶³ STJUE sentencia 7 de marzo 2018 (C-494/16). En este caso, concluye que “La cláusula 5 del Acuerdo marco “debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, por una parte, no sanciona el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada mediante el pago al trabajador afectado de una indemnización destinada a compensar la no transformación de la relación laboral de duración determinada en una relación de trabajo por tiempo indefinido pero, por otra parte, prevé la concesión de una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador, junto con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado, siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio”.

de que pasen a formar parte de las bolsas a las que se hace referencia en la DA 4ª RD Ley 14/2021).

No obstante, debe tenerse en cuenta que, salvo para la interinidad por vacante, la cobertura reglamentaria de la plaza no describe una causa extintiva lícita (lo que, quizás, plantee si no cabría reconocer una indemnización por despido improcedente en las extinciones del resto del personal laboral afectado por el proceso de estabilización).

- *Quinta*: en el caso de que se renunciara a participar, estimo que se mantendría el derecho a las indemnizaciones del art. 49.1.c) ET citadas. No obstante, este precepto podría entrar en conflicto con la literalidad del último párrafo del art. 2.6 RD Ley 14/2021 al afirmar que, si se dan estas circunstancias, “no dará derecho a compensación económica en ningún caso”. Pese a la rotundidad con la que está formulado, entiendo que únicamente se refiere a la compensación de 20 días que prevé el art. 2 RD Ley 14/2021.

De lo anterior se colige que los interinos por vacante que no participen en el proceso de selección seguirían teniendo la puerta abierta a la reclamación de la indemnización que pudiera derivarse de su calificación judicial como INF al producirse el cese (que sería extensible obviamente a los que ya la hubieran adquirido con anterioridad).

Para el resto de los contratos temporales, como se ha apuntado, la cobertura reglamentaria de la plaza (en favor de un tercero) no describe un motivo extintivo, lo que plantea si no cabría reconocer la indemnización del despido improcedente.

- Y, *sexta*: un aspecto a tener en consideración es que, para el cálculo de la indemnización, debe tenerse en cuenta únicamente el salario “fijo” (párrafo 2º del art. 2.6 RD Ley 14/2021). Aunque no se especifica, parece que la intención de la norma es que no se incluyan, al menos, las percepciones “variables”. Sin entrar en la compleja distinción entre unas y otras (especialmente porque la jurisprudencia es constante a la hora de no circunscribirse al *nomen iuris* de tales complementos), esta acotación podría plantear dudas respecto de su adecuación a la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70, pues, como saben, la indemnización es una “condición de trabajo” (entre otras, *ex de Diego Porras I*) y, por ende, se estaría produciendo un trato desigual cuya justificación debería ser objeto de evaluación (aunque, previamente, debería determinarse si, efectivamente, se da una situación equiparable que permita el juicio comparativo entre temporales e indefinidos).

A la luz de todo lo expuesto (y, a la espera de la configuración normativa resultante de la futura Ley), como puede extraerse de lo expuesto, las dudas de adecuación de esta matriz normativa al mandato comunitario son numerosas y de naturaleza diversa (y la interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales será, como hasta la fecha, determinante).

3.2. La nueva DA 17ª EBEP (art. 1.tres RD Ley 14/2021)

El contenido de la nueva DA 17ª EBEP también tiene una afectación profunda (respecto de las relaciones formalizadas desde su entrada en vigor) en el régimen sustantivo del personal laboral temporal del sector público – afectando también a sus sociedades empresariales (y, de forma similar, también son muchas las dudas que suscita su adecuación a las exigencias comunitarias)⁶⁴.

Siguiendo la misma sistemática, a continuación, se procederá a una valoración crítica (en forma de notas - siete), teniendo en cuenta el “contexto” anteriormente expuesto:

- *Primera*: el contenido de la DA 17ª EBEP está previsto para las relaciones contractuales que se formalicen a partir de su entrada en vigor (esto es, el 8 de julio 2021). Lo que no debería impedir que, a los efectos de eventuales compensaciones, puedan tenerse en cuenta relaciones contractuales temporales anteriores a este momento.
- *Segunda*: la DA 17ª EBEP se refiere al “personal laboral temporal” y, por consiguiente, a todas las modalidades de esta naturaleza temporal. Por este motivo, el concepto “superación del plazo máximo de permanencia” empleado en la DA 17ª EBEP resulta algo confuso en el ámbito laboral.

⁶⁴ En concreto, los apartados que tienen esta afectación son los siguientes: Apartado 1º: “Las Administraciones Públicas 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 y los nombramientos de personal funcionario interino” (párrafo 1º).” Asimismo, 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” (párrafo 2º). Apartado 2º: “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”. Apartado 3º: “Todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho”. Y, Apartado 5º: “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, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica” (párrafo 1º). “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 períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial,

Tratando de concretar las implicaciones derivadas de este “nuevo” concepto, creo que podría inferirse lo siguiente (centrándome en las modalidades temporales cuyo uso es más frecuente):

- Para los contratos por obra y servicio y eventual, quedan sujetos a los límites de los párrafos a) y b) del art. 15.1 ET y en los términos allí descritos.
 - Para los interinos por vacante, a partir de la STS 26 de junio 2021 (rec. 3263/2019), parece razonable sostener que se refiere al plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP.
 - En relación con los interinos por sustitución, repárese que –según los supuestos/circunstancias– pueden no tener “plazos máximos de permanencia” (lo que, a su vez, podría contravenir la doctrina del TJUE).
- *Tercera*: con respecto a la superación del “plazo máximo de permanencia” (cuando esté fijado), repárese que, en principio, debe operar como un motivo de ineficacia contractual “automático” (sin posibilidad de prórroga, salvo las que estén expresamente previstas en la legislación laboral). En tal caso, se suscita una duda importante, pues, podría afirmarse que impide el juego del ap. 5 del art. 15 ET (con las salvedades de la DA 15ª ET) en el sector público⁶⁵.
- *Cuarta*: la extinción automática e indemnizada de las relaciones laborales temporales puede erigirse en una medida adecuada a los efectos de la Directiva 1999/70 en tanto que, hipotéticamente, evita la “sucesión” (entendida en términos amplios *ex IMIDRA*) y, por ende, el abuso (lo que no significa que no plantee otros problemas de naturaleza distinta). De hecho, en un plano al menos teórico (aunque la realidad podría evidenciar todo lo contrario), reparen que esta regla podría dificultar la proliferación de INF vinculados a la contratación temporal abusiva y/o ilícita (la nulidad que proclama el ap. 3 DA 17ª ET lo haría para los contratos fraudulentos). Esto, *a priori*, no exime a la indemnización de la necesidad de cumplir una finalidad disuasiva y que también sea efectiva. En este sentido, sin perjuicio de las dificultades para determinar cuándo una compensación es “efectiva” en términos “disuasivos”⁶⁶, podría afirmarse que la previsión de

se procederá a la compensación de cantidades” (párrafo 2º). “No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria” (párrafo 3º).

⁶⁵ Un exhaustivo y pormenorizado análisis de este apartado, en de Val Tena, A. L., “Límites al encadenamiento de contratos temporales en las Administraciones Públicas”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 2/2021, pp. 286 y ss.

⁶⁶ Véase al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, I., “Crisis empresarial provocada por la pandemia y extinción de la relación laboral”, Ponencia a las *XXXI Jornades Catalanes de Dret*

una compensación objetivamente superior a la prevista en el art. 49.1.c) ET participaría de estas notas. Aunque al respecto pueden hacerse algunas consideraciones, como se expondrá posteriormente.

No obstante, del mismo modo que lo apuntado con anterioridad, parece que las situaciones en las que se acumule, como mínimo, una relación temporal con anterioridad al RD Ley 14/2021 podrían ser calificadas como INF. En tal caso, hipotéticamente, su importe (de nuevo) podría no ser suficiente.

A su vez, adviértase que, a pesar de la limitación del ap. 5 DA 17ª EBEP (“la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento”), si se calificara la relación como INF, quizás, este límite no sería de aplicación.

Por otra parte, esta limitación (que aspira a evitar que deba responderse por importes muy elevados) puede plantear algunos conflictos interpretativos, pues, supone una violación de la teoría de la unidad esencial del vínculo y la necesaria adecuación de la compensación al abuso sufrido que exige el TJUE (y, probablemente, debería evaluarse si los Tribunales lo acabarán sometiendo a matización).

- *Quinta*: como se ha apuntado anteriormente con respecto al art. 2 del RD Ley 14/2021, para el cálculo de esta compensación debe tenerse en cuenta únicamente el salario “fijo” (pudiéndose reproducir aquí lo anteriormente expuesto). No obstante, la particularidad de esta regulación es que, además -como se acaba de apuntar-, el período de prestación de servicios queda limitado al nombramiento que haya provocado el incumplimiento. Teniendo en cuenta estos parámetros de cálculo (con salario y tiempo con una acotación potencial severa), en hipótesis (dado que los métodos de cálculo son diferentes) podría suceder que, de acuerdo con el párrafo 1º del ap. 5 DA 17ª EBEP, la indemnización a la que se tenga derecho por aplicación de la normativa laboral, sea superior a la que correspondería en virtud de estas reglas que prevé el propio ap. 5 citado (reparen que en el caso del art. 49.1.c) ET se tiene derecho a 12 días por año, sin límite de anualidades).

Si esto fuera así (sin descartar que, quizás, se esté proyectando escenarios poco probables), sería muy discutible que se está garantizando una compensación suficiente por el abuso sufrido (sin olvidar que, en virtud de *de Diego Porras 2*, el art. 49.1.c ET no puede ser calificado como una medida adecuada para sancionar el abuso).

- *Sexta*: en términos generales (pero especialmente para los trabajadores temporales no interinos por vacante), el reconocimiento de una indemnización de 20 días en caso de superación del “plazo máximo de permanencia” podría estar planteando (de forma deliberada o no) un cambio profundo de las

reglas laborales. Especialmente porque sobrepasar este intervalo temporal supone que la relación sea calificada como “indefinida”. Por consiguiente, si así es, no puede pretenderse que el cumplimiento del “término” se erija en un motivo de ineficacia contractual válido. En tal caso, el RD Ley 14/2021 estaría planteando una transformación de extraordinario calado, pues, es doctrina consolidada que la extinción deba calificarse en estos supuestos como improcedente.

- Y, séptima: la previsión de un régimen de responsabilidad (cuando se concrete), siguiendo con *Santoro*, podría erigirse en una medida equivalente a los efectos de la Cláusula 5ª Directiva 1999/70 (será importante determinar cómo se materializa y, específicamente, quién asume esta tarea “fiscalizadora”).

A la luz de todo lo anterior (y de un modo similar a lo expuesto en relación con el art. 2 RD Ley 14/2021) el régimen jurídico que contiene esta nueva DA 17ª EBEP suscita un número de controversias y dudas muy superior al que sería deseable. Lo que lamina las esperanzas de que pueda contener con éxito (y en un tiempo razonable) el uso abusivo de la temporalidad a partir de su entrada en vigor.

4. VALORACIÓN FINAL

La matriz resultante del “contexto” normativo y hermenéutico previo al RD Ley 14/2021 junto con su propio contenido es particularmente alambicada y, no sólo es dudoso que pueda alcanzar el (ambicioso) objetivo de reducir la temporalidad al 8%, sino que, además, son múltiples las dudas interpretativas y aplicativas que suscita (y la potencialidad conflictiva es muy elevada). En efecto, es poco probable que el proceso de estabilización temporal descrito en el art. 2 RD Ley 14/2021 sea capaz de absorber (con una mínima celeridad) la ingente bolsa de temporalidad fraudulenta y abusiva que impera en el sector público (especialmente, el local y autonómico). Y, en paralelo, teniendo en cuenta esta configuración, es cuestionable que el intento de contención del gasto público que el RD Ley 14/2021 pretende, al limitar el importe de las compensaciones, sea efectivo (al menos, en un primer estadio). De hecho, no es descartable que, a la luz de la doctrina del TJUE, deba ser revisado al alza, pues, podría estar vulnerándose el principio de no discriminación.

Siguiendo con este plano comunitario, debe ponerse en duda que la nueva matriz normativa sea capaz de ajustarse a las exigencias del Acuerdo Marco para evitar y combatir el abuso, no sólo porque algunas dimensiones muy relevantes (como las de la responsabilidad y las sanciones) están meramente “proyectadas” (y en términos muy imprecisos y sin un plazo máximo para su ejecución); sino que, además, hay elementos que invitan a pensar que el TJUE podría volver a

ser interpelado para esclarecer la adecuación de algunas de las medidas o de la efectividad del conjunto.

A su vez, a la incertidumbre sobre uno de los aspectos absolutamente determinantes de esta problemática, como es el “líquido” concepto de INF, se le une una inexplicable pasividad a la hora de dotarlo de un marco jurídico-positivo mínimamente estable. Pretender que sean los órganos jurisdiccionales los que, a golpe de sentencia (y con las limitaciones propias de la función jurisdiccional), deban dar respuesta a las múltiples y heterogéneas controversias que esta discutida figura suscita no parece que sea una estrategia que augure un futuro prometedor.

En definitiva, todos estos factores no invitan al optimismo. A mayor abundamiento, a la escasez de claridad de las nuevas reglas se le une el hecho de que el Legislador ha omitido una adaptación paralela de las reglas del Estatuto de los Trabajadores relativas al sector público, pudiéndose plantear un conflicto de fuentes normativas, de resultado incierto.

En una visión en perspectiva, puede observarse que cada uno de los episodios de este problema no sólo no ha sido capaz de neutralizar las discusiones existentes, sino que ha ido añadiendo una nueva capa de complejidad. La resultante es una matriz con problemáticas solapadas y profundamente imbricadas.

Si las últimas décadas y, especialmente, los últimos 5 años se han caracterizado por una volatilidad extrema de las reglas aplicables a este colectivo, todo apunta que, si la nueva Ley no lo remedia, los inmediatamente siguientes también participarán de la misma inestabilidad.

La cultura de la temporalidad está profundamente arraigada en el mercado de trabajo español y el sector público es uno de sus principales causantes. De hecho, todo indica que se ha cronificado de tal modo que es muy dependiente de la precariedad que supura. Si esto es así, un marco normativo con este nivel de ambigüedad e imprecisión no parece que se erija en el mejor de los remedios para combatir este grave problema.

ESTUDIOS

Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo
María Teresa Alameda Castillo

Las medidas para reducir el empleo público temporal a la luz del asunto IMIDRA y del RD-Ley 14/2021
Ignaasi Beltrán de Heredia Ruiz

¿Smartworking? La teoría de la doble carga de trabajo
Luciana Guaglianone y María Laura Parisi

Desplazamiento temporal de trabajadores. Novedades introducidas por el Real Decreto Ley 7/2021
Un análisis verificador
María Villa Fombuena

La clasificación profesional del personal estatutario. El desarrollo pendiente
Lidia De La Iglesia Aza

MERCADO DE TRABAJO

El gasto público en políticas activas de empleo en España
Luis Franco I Sala

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CONTRATACIÓN LABORAL

Universidad de Córdoba

Último giro jurisprudencial en materia de contratos temporales vinculados a subcontratas
José María Ruz López

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Empresas ficticias, intensidad en la prueba del fraude y actuación procesal del fondo de garantía salarial
Roberto Fernández Villarino

DERECHO A LA PROMOCIÓN PROFESIONAL

Universidad de Valencia

La promoción profesional no debe ponderar el derecho a la desconexión digital de los trabajadores
Francisco Trujillo Pons

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía