LA TEMPORALIDAD ABUSIVA EN EL SECTOR PÚBLICO ANTE EL TJUE: ¿Y AHORA QUÉ?

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

El abuso de la temporalidad es uno de los principales problemas del sector público español. Lo padecen todas las organizaciones públicas (Administraciones territoriales, Administraciones institucionales y empresas y fundaciones públicas), lo sufren los propios empleados temporales, sin la tranquilidad de la plaza fija como suele decirse, y también la ciudadanía sale malparada, con una atención y unos servicios que a buen seguro serían mejores si el porcentaje de servidores públicos temporales fuese notablemente inferior.

Se trata de un problema tan viejo como enquistado, que viene del siglo pasado y que a lo largo del siglo XXI no ha hecho sino empeorar, con particular saña durante los años de las políticas públicas de recortes. La pasividad/complicidad del legislador y de las organizaciones públicas está detrás de este desaguisado, en el que sobresale en el ámbito laboral la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla, que incluye también a la legión de interinos de larga duración, quienes durante más de tres años cubran una plaza vacante sin convocatoria pública de la vacante por medio (STJUE, 3-6-2021, asunto IMIDRA C-726/19, recogida por la STS, 4ª [Pleno], 28-6-2021, rcud 3263/2019). Trabajador indefinido no fijo, que, pese al confuso nombre, no deja de ser un tipo peculiar de empleado público temporal, sin plaza fija. Algo que el TJUE tiene claro desde hace tiempo.

Es de sobra sabido que la relación laboral de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, exclusiva del sector público, es una construcción jurisprudencial que, sobre todo a partir del año 1996 (STS, 4ª, 7-10-1996, rcud 3307/1995), aunque con algunos antecedentes aislados, viene a dar solución, a salvo de una regulación normativa *ad hoc*, a la necesidad de conciliar las exigencias de los dos sectores del ordenamiento jurídico en liza, el administrativo y el laboral. El administrativo encargado de la regulación de los procesos selectivos de carácter objetivo, basados en los principios de publicidad, mérito y capacidad, con separación radical entre los procesos selectivos de personal laboral temporal y de personal laboral fijo. Y el ordenamiento laboral preocupado por la efectividad del principio de estabilidad en el empleo, de preferencia legal de la contratación laboral fija sobre la contratación laboral temporal, con la consiguiente sanción de fijeza de la contratación temporal

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

contraria a Derecho: por contravenir la casualidad de la contratación temporal, por superación del periodo máximo asignado a determinadas modalidades de contratación temporal, etc.

La jurisprudencia sobre la extinción de la relación laboral del trabajador indefinido no fijo constituye uno de los mayores ejemplos de inseguridad jurídica, con un sinfín de cambios de criterio, muchas veces anunciados por votos particulares discrepantes. Una jurisprudencia que en los últimos tiempos empezaba a poner coto a esta expansiva figura: por ejemplo, la STS, 4ª (Pleno), 28-1-2022, rcud 3781/2020, sobre reversión de servicio público con sucesión legal de empresa e inaplicación en este supuesto de la condición de trabajador indefinido no fijo.

Solo el legislador de urgencia de 2021 (Real Decreto-ley 14/2021, sustituido por la Ley 20/2021), animado por la captación de los fondos europeos *Next Generation* (componentes 11 y 23 del Plan español de Recuperación, Transformación y Resiliencia), mostró de verdad preocupación por reducir la tasa de temporalidad del sector público, procurando pasar en poco tiempo del 30% al 8%. Reducción de la tasa de temporalidad de la mano de los procesos excepcionales de estabilización de los empleos públicos temporales que, según el ministro Escrivá, marcha a buen ritmo.

Es verdad que el legislador de 2021 no utilizó toda la artillería jurídica que tenía a su disposición para atajar de una vez por todas este mal endémico, así como para evitarlo de nuevo en el futuro, sobre todo mediante una responsabilidad contable de los dirigentes públicos (políticos y altos funcionarios) fácil de exigir de verdad, más una penalización presupuestaria para las organizaciones públicas refractarias a la lucha contra el abuso de la temporalidad. Muy revelador, en este sentido, resulta que no haya ninguna mención específica en dicha legislación a la más preocupante manifestación en el ámbito laboral del abuso de la temporalidad, la relación laboral del trabajador indefinido no fijo de plantilla.

En este contexto de largo y accidentado recorrido histórico, y justo cuando mayor esfuerzo estaban haciendo muchas organizaciones públicas para rebajar drásticamente la tasa de temporalidad, irrumpe el TJUE, a través de la mediática Sentencia de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22), y pone patas arriba buena parte del empleo público español, de manera inmediata el empleo temporal en régimen laboral y de forma refleja el empleo temporal en régimen administrativo (funcionarios interinos y personal estatutario eventual de los servicios de salud). La diferente manera de abordar un mismo problema por parte de las Salas de lo Social y de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha sido recientemente objeto de un interesado pronunciamiento del Tribunal Constitucional (ATC 427/2023, de 11 de septiembre, con voto particular discrepante incluido). Acaso este asunto merezca un *brief* aparte.

¿Y ahora qué? Pues al menos dos interpelaciones de mucho calado. La primera y más urgente, que claramente justificaría un genuino real decreto-ley, tomar nota legislativamente de la decisión del TJUE, según la cual el Derecho español no respeta la Directiva europea sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70) porque, pese a la reforma de 2021, ni tiene mecanismos eficaces para la

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

prevención del abuso de la temporalidad ni contempla como compensación vías adecuadas de sanción del abuso en cuestión.

Tiene el legislador español que dejar de mirar para otro lado y abordar sin demora la compleja problemática de la figura judicial del trabajador indefinido no fijo. Soluciones técnicas no faltan. Falta voluntad política (y acaso sindical) para ponerlas encima de la mesa y discutir las ventajas y los inconvenientes de cada una de ellas. Bienvenida sea la STJUE de 22 de febrero de 2024 desde este punto de vista al menos. No es ni mucho menos la primera sentencia del TJUE que le saca los colores al Estado español en lo tocante al abuso de la temporalidad en el empleo público, pero sí la que de modo más contundente se dirige al legislador para que no siga poniéndose de perfil.

Y la segunda interpelación que se deriva del terremoto con epicentro en Luxemburgo afecta de lleno a los jueces y tribunales españoles, que no deberían seguir facilonamente el viento a favor de la conversión judicial automática de los contratos temporales en contratos fijos, que sugiere, que no impone, el TJUE. Este es un asunto de una enorme complejidad técnica, que no puede abordarse en un *briefing* como este, pero sí que puede decirse, salvo mejor opinión de otros colegas, que la conversión judicial automática de los contratos temporales en contratos fijos sería una interpretación *contra legem* del Derecho español vigente a la luz de la Directiva europea 1999/70. Interpretación *contra legem* rechazada desde antaño por la jurisprudencia europea.

El Derecho español se opone radicalmente a la conversión judicial automática en el sector público, y a diferencia de en el sector privado, de los contratos temporales en contratos fijos, sin ningún proceso selectivo objetivo que le dé soporte, sin el más elemental respeto de los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad, que son expresión del principio constitucional de igualdad en la ley y se aplica tanto a los funcionarios públicos como a los contratados laborales. Así lo ha dicho con rotundidad el Tribunal Constitucional (Sentencia 236/2015, F. J. 8), además del Tribunal Supremo, incluida la Sala de lo Contencioso-Administrativo (STS, 3ª, 12-7-2023, rec. 7815/2020), por mucho que se empeñe el TJUE en dar a entender erróneamente que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no van de la mano en este asunto, empujando quizá a muchos jueces y tribunales inferiores a desmarcarse del Tribunal Supremo para alinearse supuestamente con el Tribunal Constitucional, estando como están ambos Altos Tribunales españoles perfectamente alineados. No sería la primera vez, por cierto, que el TJUE errase el tiro y tuviera que rectificar (sentencias de Diego Porras I y II), con no pocos "cadáveres" por el camino.

Argumentos constitucionales al margen, en los que el TSJ de Madrid ha conseguido aparentemente liar al TJUE, la legalidad ordinaria española, el EBEP y otras normas concordantes, no deja margen en el sector público para la conversión automática de los contratos temporales en contratos fijos con carácter general (cabría aislar algunos supuestos excepcionales como el su día establecido por la disposición transitoria 4ª de la LOU reformada en 2007). No hace falta que ninguna norma legal prohíba de forma expresa esa conversión porque la conversión es notoriamente contraria al Derecho español. De ahí que la legislación de 2021 contemple procesos

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

excepcionales de estabilización, con notables ventajas para los empleados públicos temporales frente a los candidatos externos que participen en los procesos selectivos abiertos, incluso meros concursos sin fase de oposición, pero nunca a través de la vía de la conversión automática.

Por mucho que la frontera entre la interpretación conforme y la interpretación *contra legem* sea cada día más difusa, con no menor empeño del Tribunal Supremo en pro de la interpretación conforme, no parece que la conversión automática de los contratos temporales en contratos fijos en el sector público tenga encaje interpretativo en el vigente Derecho español. Ese es el punto más débil y criticable de la STJUE de 22 de febrero de 2024.

En fin, harían bien los jueces y tribunales españoles en obrar con suma cautela y no precipitarse mediante la fácil conversión automática de los contratos temporales de los indefinidos no fijos en contratos fijos de plantilla, valga el lío de palabras de no fácil comprensión fuera del mundo jurídico-laboral. Una actuación así de precipitada, además de una muy posible contravención de la Constitución y de la legalidad ordinaria, provocaría un efecto llamada que colapsaría los ya de por sí sobresaturados juzgados y tribunales de lo social. Ayudaría mucho, desde luego, a ese ejercicio responsable de autocontención judicial el rápido movimiento del legislador, imprescindible para acomodar por fin la normativa española sobre el empleo público temporal con la Directiva europea de 1999. Ya era hora.

CITA: JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO, “La temporalidad abusiva en el sector público ante el TJUE: ¿y ahora qué?”, Briefs AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 30, 2024.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com ; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).