

DICTAMEN

JURÍDICO

SOLICITANTE: Varios colectivos de empleados públicos temporales.

OBJETO: Analizar la constitucionalidad y adecuación con la normativa de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de varias propuestas legislativas presentadas en el Congreso de los Diputados por parte de la Plataforma Interin@s en Acción, para regular la compensación por el abuso y/o fraude en la contratación temporal.

ÍNDICE

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

III.- CONCLUSIONES

I.- ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 10 de julio de 1999 se publica en el Boletín Oficial de la Unión Europea la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

La Directiva establece en su artículo 2 que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a lo más tardar el 10 de julio de 2001. España ha incumplido este mandato.

En la Cláusula 1 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, se puede leer:

«El objeto del presente Acuerdo marco es:

a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación;

b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada».

En la Cláusula 4 se proclama un principio de no discriminación en los siguientes términos:

«Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».

En la Cláusula 5, se establece la obligación de implementar medidas destinadas a evitar la utilización abusiva, en los siguientes términos:

«1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales,

cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;*
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;*
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.*

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

- a) se considerarán "sucesivos";*
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido».*

La Comisión Europea tiene abiertos varios expedientes a España por el incumplimiento en la transposición de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, así como por la situación de los cientos de miles de trabajadores temporales en las Administraciones Públicas.

Así se pueden citar:

1. Procedimiento de infracción 2014/4224: Este expediente se refiere a la discriminación de los trabajadores temporales en el sector público español en comparación con los trabajadores fijos, lo que se considera una violación de la Directiva 1999/70/CE. La Comisión Europea envió una segunda carta de emplazamiento a España en julio de 2024, instando al país a incorporar correctamente la directiva a su legislación nacional.
2. Procedimiento de infracción 2014/4334: Este expediente se centra en el abuso de la temporalidad en el empleo público en España, lo que también se considera un incumplimiento de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE.

Segundo.- Con fecha 29 de diciembre de 2021 se publica en el Boletín Oficial del Estado la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Dicha norma, si bien no transpone formalmente a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el contrato de duración determinada, se dicta teniendo en cuenta el problema generado por el abuso de las contrataciones temporales en el sector público derivado de la no transposición de la Directiva. Además de referirse expresamente a ella en el Preámbulo de la ley, manifestando que *«la doctrina que ha fijado el TJUE en esta materia dispone que las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad; y que las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin»*, se menciona expresamente dicha Directiva y las cláusulas cuarta y quinta del Acuerdo Marco que contiene la citada Directiva (apartado I del Preámbulo).

Sin embargo, no puede considerarse que dicha ley suponga una solución legislativa al problema del abuso o fraude de la contratación temporal. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto en la

sentencia de 22 de febrero de 2024, como de 13 de junio de ese mismo año, concluyeron que dichos procesos selectivos extraordinarios no eran válidos para la compensación de la precariedad laboral sufrida por el colectivo de empleados públicos temporales.

En la STJUE de 13 de junio de 2024 (asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22), el TJUE declara de forma expresa que la convocatoria de procesos selectivos, tal y como se contempla en la Ley 20/2021 y en la jurisprudencia nacional, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión. El Tribunal subraya que estos procesos, cuyo resultado es incierto y están abiertos a candidatos que no han sido víctimas del abuso, no presentan garantías de protección para los empleados temporales afectados y no tienen efecto disuasorio alguno para la Administración empleadora.

Es más, el TJUE también rechaza que la mera convocatoria de procesos selectivos pueda considerarse una sanción efectiva, ya que su aplicación no implica ningún perjuicio para la Administración responsable del abuso y no garantiza la estabilidad en el empleo para la víctima. Además, la sentencia señala que la indemnización prevista en la Ley 20/2021 (20 días por año de servicio, con un máximo de 12

mensualidades, solo para quienes no superen el proceso selectivo) tampoco cumple los requisitos de proporcionalidad, efectividad y disuasión exigidos por la Directiva 1999/70/CE, pues no compensa íntegramente el daño sufrido ni tiene un efecto realmente disuasorio.

Tercero.- Ante la ausencia de transposición efectiva de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado y consolidado una jurisprudencia sobre la aplicación de dicha Directiva pero a su falta de transposición o, incluso, sobre la adecuación de determinada normativa interna de los Estados miembros frente a dicha Directiva. De entre esta jurisprudencia, dictada citada en algunos casos frente a cuestiones prejudiciales provenientes de España y, en otros supuestos, por procedimiento de otros Estados miembros, se pueden sacar las siguientes conclusiones principales:

- a) Que la Directiva 1999/70/CE es aplicable a las Administraciones Públicas: A modo de ejemplo, se citan Sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04; Sentencia de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-

53/04; Sentencia de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C-180/04; Sentencia de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05; Sentencia de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06; Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09; entre otras muchas.

- b) Que las Administraciones públicas no pueden usar los nombramientos o contrataciones temporales para cubrir necesidades permanentes o estructurales: A modo de ejemplo, se citan la sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15 (Pérez López); Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 (Martínez Andrés y Castrejana López); Sentencia de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18 (Sánchez Ruiz y otros); 6 de noviembre de 2014, asuntos acumulados C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13 (Mascolo y otros); Sentencia de 26 de enero de 2012, asunto C-586/10 (Küçük); entre otras muchas.
- c) Que esa situación de abuso o fraude en la contratación temporal se produce tanto cuando un único nombramiento o contratación temporal se perpetúa en el tiempo, como cuando

se produce una sucesión de nombramientos o contrataciones temporales para cubrir las mismas necesidades permanentes o estructurales: Sentencia de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18 (Sánchez Ruiz y otros); Sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 (Martínez Andrés y Castrejana López); entre otras muchas.

- d) Que cuando se produce esa situación de abuso o fraude en la contratación temporal se debe compensar al trabajador temporal que ha sufrido la precariedad laboral derivada de la prolongación de la temporalidad, de tal manera que esa compensación sea efectiva y proporcional: STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-16/15, Pérez López); STJUE de 19 de marzo de 2020 (asuntos C-103/18 y C-429/18, Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez); STJUE de 7 de marzo de 2018 (asunto C-494/16, Santoro); STJUE de 8 de mayo de 2019 (asunto C-494/17, Rossato); STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22) y STJUE de 13 de junio de 2024 (asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22), entre otras muchas.

Cuarto.- Desde diferentes colectivos de interinos se ha venido exigiendo tanto el cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como la aprobación de una normativa que regule y transponga definitivamente dicha normativa comunitaria y proceda a la compensación por la precariedad laboral sufrida al colectivo de empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal.

En ese sentido, se han propuesto una serie de medidas, objeto de análisis en el presente informe, procediendo a analizar la constitucionalidad y adecuación con la normativa de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de dichas medidas. Analizamos así, las propuestas elaboradas por la plataforma de INTERIN@S EN ACCIÓN, mediante este dictamen jurídico.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.A) SOBRE LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LA NORMATIVA LEGAL INTERNA ESPAÑOLA:

La primacía se erige como un elemento destacado a la hora de cohesionar la relación entre el ordenamiento interno español y el de la Unión Europea. Esta primacía, está ampliamente reconocida doctrinal y jurisprudencialmente. Este concepto de Primacía se ha ido forjando a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). Su existencia queda implícita en el contenido de los Tratados y su mención explícita la podemos encontrar en la Declaración nº 17 relativa a la Primacía, anexa al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. En ese texto se puede leer:

«(...) se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su

carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad»

Las primeras sentencias del TJUE en configurar este principio fueron Van Gend & Loos y Costa c. ENEL, que serían las pioneras en el desarrollo de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho de la Unión Europea, aunque se suele abordar el estudio de esta primacía invocando la sentencia "Simmenthal", dictada por la Corte comunitaria en el año 1978. Dicha sentencia analiza la primacía con las siguientes afirmaciones:

a) *«en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también —en tanto que dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros-, impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias»* (apartado 17 de la Sentencia).

b) «los Jueces nacionales que conocen de un asunto en el marco de su competencia están obligados a aplicar íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que este confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquel, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria» (apartado 21 de la Sentencia).

c) «serían incompatibles con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas o judiciales que tuviesen por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar este» (apartado 23 de la Sentencia).

d) «el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas por su propia iniciativa cualesquiera disposiciones contrarias a la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de estas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» (apartado 24 de la Sentencia).

Esta postura ha sido recogida por nuestro Tribunal Constitucional, siendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 232/2015 de 5 de noviembre, clave. El Tribunal Constitucional concluye que *«sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso", lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva»*.

Toda esta pugna judicial derivó en una modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para intentar dotar a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de una vinculación similar a la que el artículo 5 de esa ley establecía para la jurisprudencia constitucional, incluyéndose un artículo (el artículo 4 bis) que establece literalmente *«Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»*.

Ese artículo se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en su preámbulo se justificaba de la siguiente manera: *«resulta conveniente mencionar en la Ley la vinculación de los Jueces y Tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace del mismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea»*

II.B) SOBRE LA VINCULACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

Lo anterior nos lleva a concluir la vinculación de la jurisprudencia del TJUE cuando sentencia la interpretación, alcance y efectos de la normativa de la Unión Europea.

En el dado caso, en que una Sentencia del TJUE se oponga a una de un tribunal nacional, la primera prevalecerá sobre la nacional, no por una relación jerárquica formal, sino por el principio de primacía del Derecho de la Unión, que impone su aplicación preferente frente a cualquier norma interna incompatible, con independencia de su rango.

Véase por tanto la Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2024 (asunto C-792/22) apartado 63:

«63. En este contexto, es preciso recordar que el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta. La exigencia de interpretación conforme incluye, en particular, la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva (sentencia de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, apartados 59 y 60 y jurisprudencia citada)»

Esto ha sido reiterado por nuestro Tribunal Constitucional. Por ejemplo, se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2019, de 28 de febrero, que menciona la previa sentencia del mismo Tribunal (232/2015), se dice que:

I. Al Tribunal Constitucional le corresponde *«velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea»*

II. El desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial

III. y prescindir por "propia, autónoma y exclusiva decisión" del órgano judicial, de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el principio de primacía.

Al pronunciamiento se reitera en la sentencia 101/2021 de 10 de mayo y en otras muchas.

Por todo ello, con relación a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, la jurisprudencia

del TJUE sobre su aplicación, efectos y alcance debe ser tomada en consideración por delante de otras jurisprudencias que puedan dictarse por parte de los tribunales del Poder Judicial. Es decir, el principio de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, así como la primacía de unas normas sobre otras y de una jurisprudencia sobre otra, determina que no procede escoger discrecionalmente el tipo de normativa o jurisprudencia que va a servir de guía en el cumplimiento del Derecho, sino que, necesariamente, cuando hablamos del Derecho de la Unión Europea, es el TJUE el que marca el criterio vinculante a seguir.

Pero esta obligación de seguir la interpretación del TJUE alcanza tanto a los órganos jurisdiccionales como a las Administraciones Públicas, tal y como ha reiterado el propio TJUE en sentencias como la de 22 de junio de 1989 (Costanzo, C-103/88) y la de 21 de enero de 2020 (Banco Santander, C-274/14). No es, pues, un mandato dirigido a jueces y magistrados, sino en general a cualquier aplicador del Derecho y a los Poderes Públicos encargados de legislar y cumplir el ordenamiento jurídico.

II.C) SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD Y ADECUACIÓN A LA NORMATIVA Y JURISPRUENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE LA PROPUESTA (5 del Anexo): Estabilización del personal en

abuso de la temporalidad de las Administraciones Públicas por la vía de la fijeza automática.

Para analizar esta cuestión, analizaremos los siguientes puntos

1. Sobre las críticas derivadas de la supuesta inconstitucionalidad de la medida.

Las críticas que apuntan a la inconstitucionalidad de esta medida, se basan en una concreta interpretación del artículo 103 de la Constitución en relación con el artículo 23 de la misma norma. Esta crítica tiene su máximo exponente en nuestro Tribunal Supremo, el cual recogió esta tesis en su sentencia (entre otras) 197/2025 de 25 de febrero, cuando sobre esta cuestión manifestó:

«nuestro Derecho, como hemos venido diciendo de manera constante, no permite convertir al personal temporal de la Administración en funcionario de carrera o personal fijo de la misma equiparable sin que medien los procesos selectivos previstos legalmente para acceder a esa condición»

Para concluir que:

«E importa destacar que, en el caso de España, el impedimento que advertimos no es de mera legalidad sino de constitucionalidad.

En efecto, admitir la conversión pretendida supondría, no ya una decisión contra legem, sino contra Constitutionem. Vulneraría elementos esenciales de la configuración de la función pública dispuestos por el constituyente, centrales en su operatividad que, además, se integran en los derechos fundamentales de los aspirantes a acceder al empleo público y han sido asumidos por la conciencia social como rasgos distintivos de dimensión subjetiva de las Administraciones Públicas»

Sin perjuicio del respeto que procede tener ante esta instancia judicial, procede matizar lo siguiente para rebatir los argumentos y conclusiones del Tribunal Supremo:

- I. El Tribunal Supremo no es el máximo intérprete de la Constitución, lo es el Tribunal Constitucional (artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), el cual no ha manifestado tales conclusiones en sus sentencias, no siendo en este caso la postura del Supremo una doctrina vinculante, estableciéndose en nuestro Derecho solamente como

jurisprudencia vinculante la del Tribunal Constitucional en materia constitucional (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de Derecho comunitario (artículo 4 bis de la misma Ley).

- II. El artículo 103.3 de la Constitución, literalmente, establece que *«La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones»*.

La tesis del Tribunal Supremo, contiene los siguientes errores conceptuales:

- a) Considera que el único medio de acceso a la función pública acreditando mérito y capacidad es la vía del proceso selectivo.
- b) Considera que el colectivo de empleados públicos en situación de abuso de la contratación temporal no ha

accedido ya a la función pública, interpretando “acceso a la función pública” como acceso estable a la función pública y excluyendo de ese concepto al empleado público temporal.

c) Ignora por completo la significación constitucional de la estabilidad laboral como parte de los mandatos constitucionales en materia de derechos de los trabajadores (incluyendo a los empleados públicos)

d) Por derivación de lo anterior, ignora los mandatos normativos y jurisprudenciales que, desde la Unión Europea, imponen una compensación por la precariedad laboral sufrida derivada del abuso de la contratación temporal.

Todo esto se desarrollará en los siguientes apartados

2. Sobre la constitucionalidad de la medida de la estabilización directa o "fijeza".

La tesis defendida en este dictamen por el firmante del mismo, favorable a la constitucionalidad de una medida legislativa (incluso judicial, por la vía de sentencia) que establezca la estabilización directa o "fijeza" como vía de compensación ante la precariedad laboral sufrida derivada del abuso de la contratación temporal, tiene otros importantes académicos y juristas que también la defienden.

Baste citar el informe de María Emilia Casas Baamonde, ex Presidenta del Tribunal Constitucional y catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En su informe de 8 de marzo de 2021 se puede leer:

14- La prohibición de estabilización es contraria al Derecho de la Unión Europea, mientras no existan medidas alternativas.

15- Al no existir medidas alternativas en el Derecho español, la solución a la infracción del Derecho de la Unión ha de articularse a través de una reforma legal que, hacia el pasado, establezca la estabilización del personal temporal como personal fijo a extinguir y hacia el futuro opte por establecer esta medida u otras alternativas, como las indemnizatorias, eficaces, por disuasorias, de los abusos en la temporalidad en el empleo público. En todo caso, tendría que suprimir la figura del "indefinido no fijo" en el ámbito laboral, desautorizada por el Tribunal de Justicia.

Y también:

17- El Tribunal Constitucional entiende que la valoración de los méritos de los funcionarios interinos y contratados, valorándose su antigüedad o los servicios prestados, no constituye, ni directa ni indirectamente, una valoración *ad personam*, específica y concreta, de por sí lesiva del derecho fundamental a la igualdad.

18- Además, el Tribunal Constitucional ha admitido que no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración Pública.

19- El cumplimiento del Derecho de la Unión, de la Directiva 1999/70 y de la jurisprudencia del TJUE, y la estabilidad del personal temporal de larga duración de las Administraciones públicas, respecto del que éstas han incumplido la legislación vigente y el plazo de tres años para organizar los procesos selectivos de cobertura de vacantes, podría legitimar una situación excepcional que permitiese la desigualdad de trato en favor del personal eventual, interino y contratado temporal.

Por último, también concluye:

20- La consideración de los servicios prestados tampoco es ajena, en la jurisprudencia constitucional, a los conceptos de 'mérito y capacidad' del art. 103.3 CE, ya que el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad del aspirante para desarrollar una función o empleo público y suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados por la Administración convocante. Ahora bien, no ha admitido el Tribunal Constitucional "en ningún caso" que se pueda convertir ese tiempo efectivo de servicios en título de legitimación exclusivo que permita el acceso a una función pública de carácter permanente, al tener que respetarse en todo caso, también para los interinos y contratados, los principios constitucionales de mérito y capacidad. Habrán de valorarse otros méritos, pero la desigualdad de trato antes razonada permitiría evitar una fase de oposición.

Más allá de esta autorizada opinión, es evidente que la ley tiene un amplio margen para configurar el acceso a la función pública, así como las vías de estabilización en esa función pública, dado que el mérito y la capacidad no exclusivamente pueden encontrarse en un proceso selectivo.

Pero, sobre todo, se debe subrayar que la postura del Tribunal Supremo implica, en realidad, entender que los principios de mérito y

capacidad sólo sirven para acceder a la función pública como funcionario de carrera (es decir, de forma estable), dejando al margen de esos principios el acceso a la función pública temporal.

Eso es claramente erróneo. La Constitución no reserva esos principios sólo para los funcionarios de carrera y, de hecho, muchos de los interinos o empleados públicos temporales están ocupando esas plazas bien tras superar un proceso selectivo, pero sin ser adjudicatario de plaza, o bien tras superar un proceso selectivo para acceder a esos puestos en temporalidad. El acceso a puestos temporales dentro de la Administración, como los desempeñados por funcionarios interinos, está igualmente sujeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. La doctrina constitucional ha reiterado que el derecho de acceso a los cargos funcionariales, reconocido en el artículo 23.2 CE, se proyecta sobre todos los procesos de acceso a la función pública, incluidos los temporales, y que la Administración está obligada a dispensar un trato igual a todos los participantes, sin discriminación y valorando adecuadamente el mérito y la capacidad.

Por todo ello, este colectivo de empleados públicos temporales ha accedido a la función pública temporal por diversos procedimientos, en los cuales de una u otra medida se ha considerado los principios de mérito y capacidad, sin que se puede considerar en modo alguno que:

- a) No han accedido a la función pública
- b) No han acreditado mérito y capacidad

Al margen de lo anterior, está la acreditación del mérito y la capacidad derivada de los años (en ocasiones décadas) de experiencia en el puesto y antigüedad en una concreta Administración, las cuales se pueden considerar como vías aptas para acreditar el mérito y la capacidad.

El Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que la experiencia en una plaza y la antigüedad en una Administración pueden y deben ser considerados como méritos válidos para acreditar mérito y capacidad en el acceso a funciones públicas. Así, la jurisprudencia constitucional establece que los méritos exigidos deben estar relacionados con el cargo a desempeñar, siendo admisibles como méritos a considerar los servicios prestados y la antigüedad.

En particular, la STC 67/1989 declaró que la consideración de los servicios prestados no es ajena a los conceptos de mérito y capacidad del artículo 103.3 CE, ya que el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad del aspirante para desarrollar una función o empleo público.

Asimismo, la STC 281/1993 señala expresamente que la experiencia es un mérito y conferir relevancia a su disfrute no solo no es contrario a la igualdad, sino que, en tanto que cualidad susceptible de justificar una diferencia de trato, se coherente perfectamente con el artículo 14 de la Constitución y es condición de obligada relevancia en atención a criterios tales como los de eficacia en la prestación de servicios por parte de la Administración Pública.

En estos términos, una norma con rango legal que pretenda regular el abuso y el fraude en la contratación temporal en las Administraciones Públicas, puede y debe reconocer el mérito y la capacidad del colectivo de empleados públicos temporales a efecto de su estabilización en la función pública, cumpliendo con ello el artículo 103.2 de la Constitución.

Se debe tener en cuenta que esta regulación futura, no supondría una regulación sobre la forma ordinaria y habitual de acceso a la función pública, sino una solución extraordinaria y única a un problema derivado de un incumplimiento grave y reiterado de nuestro Estado y, como solución excepcional y extraordinaria, la ley tiene ese margen para regular el problema y su solución.

3. Sobre la estabilización y lucha contra la precariedad laboral como parte del derecho constitucional de los trabajadores incluidos los empleados públicos

Además, procede hacer especial significación en el hecho de que nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido que forma parte de los derechos constitucionales de los trabajadores en general, incluyendo a los empleados públicos, la lucha contra la precariedad laboral derivada de la prolongada temporalidad. Conviene recordar que en la sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981 se establece que *«el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o **estabilidad en el empleo**»* (el subrayado y la negrita, es nuestra).

En relación con la lucha contra la precariedad laboral, el Tribunal Constitucional ha destacado la importancia de la estabilidad en el empleo como elemento esencial del derecho al trabajo. Exige que las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y fijo se basen

únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin, y que las autoridades nacionales adopten medidas efectivas y adecuadas para prevenir y sancionar el uso abusivo de la temporalidad.

En modo alguno puede obviarse esta jurisprudencia, así como el compromiso constitucional que implica la luchar contra la precariedad laboral y el abuso de la temporalidad.

4. Sobre el margen legal del legislador para implementar esta medida

El derecho de acceso a la función pública es un derecho fundamental de configuración legal, lo que significa que corresponde al legislador delimitar su contenido y establecer los criterios que permitan el acceso a las funciones públicas. Si bien es cierto que ese margen de configuración no es absoluto, pues la Constitución exige que el acceso se realice conforme a los principios de mérito y capacidad, dichos principios no solo pueden ser observados dentro de un proceso selectivo, pudiendo la ley establecer vías para apreciar dicho mérito y capacidad al margen de los tradicionales procesos selectivos.

Como se apuntó anteriormente, estaríamos ante una norma con rango de ley que no supondría una regulación sobre la forma ordinaria y habitual de acceso a la función pública, sino una solución extraordinaria y única a un problema derivado de un incumplimiento grave y reiterado de nuestro Estado y, como solución excepcional y extraordinaria, la ley tiene ese margen para regular el problema y su solución.

La jurisprudencia constitucional reconoce que el legislador puede dictar leyes singulares o excepcionales para dar respuesta a situaciones igualmente excepcionales, apartándose de la regulación ordinaria, siempre que se respeten determinados límites constitucionales. Así, la STC 166/1986, de 19 de diciembre, y la doctrina reiterada en resoluciones posteriores, establece que una ley singular o excepcional debe responder a una situación igualmente excepcional y singular, y su adopción debe estar circunscrita a casos de extraordinaria trascendencia y complejidad que no sean remediables por los instrumentos normales de la Administración ni por los instrumentos normativos ordinarios.

El canon de constitucionalidad que debe superar toda ley singular o excepcional es el de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación. Es decir, la medida adoptada por la ley debe ser razonable, tener una

justificación objetiva, ser proporcionada a la situación excepcional que la motiva y adecuada para alcanzar el fin perseguido.

Entendemos que es evidente y manifiesto que, en este caso, se cumplen esos criterios. La situación es claramente excepcional por muchos factores: el incumplimiento de la normativa europea, el número de personas afectadas por dicho incumplimiento, los procesos de sanción abiertos en la Comisión Europea contra España por ello, o los requerimientos para el cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE, justificante claramente la situación excepcional.

La medida propuesta es razonable y proporcionada a esa situación excepcional y, como se ha razonado, dentro de los límites constitucionales.

5. Sobre el principio de igualdad en esta materia

Se suele también invocar el principio de igualdad, como posible obstáculo constitucional para establecer una estabilización directa o "fijeza" como compensación al colectivo de trabajadores en situación de abuso de la contratación temporal.

Si bien esa igualdad no se menciona expresamente en el artículo 103.3 de la Constitución anteriormente invocado, sí aparece en el 23.2 de dicho texto normativo, cuando se señala que los ciudadanos *«tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes»*

En este sentido, conviene recordar la extensa y homogénea jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el alcance del principio o derecho de igualdad, así como las opciones para que un trato desigual no solo sea admisible, sino incluso sea lo correcto constitucionalmente hablando.

El principio de igualdad no significa una exigencia de igualdad incondicional entre todas las personas. Nuestro Tribunal Constitucional, reiteradamente, ha establecido el paradigma de la "igualdad entre iguales, pero desigualdad entre desiguales", posibilitando un trato diferenciado a quien, objetivamente, se encuentra en una situación diferente del resto.

Por ello, no puede calificarse de desigualdad un trato diferenciado cuando el mismo está justificado y reconocido por una realidad objetiva diferente que sitúa a las personas o colectivos comparados (siempre que se habla de desigualdad o discriminación es porque existe una

comparación entre personas o colectivos) en situaciones que no son equivalentes. Así, ya desde la temprana sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, nuestro Tribunal tuvo ocasión de sentar las bases de su doctrina: el derecho a la igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo supone una infracción del art. 14 CE, sino solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable.

Por tanto, la igualdad constitucional no implica una uniformidad absoluta, sino que permite al legislador y a la administración diferenciar el trato entre situaciones que sean realmente distintas, siempre que esa diferenciación esté fundada en criterios objetivos y razonables y no sea arbitraria o discriminatoria (entre otras muchas la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 167/2016 de 6 de octubre).

En este sentido, teniendo en cuenta la situación actual del colectivo de empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal, se evidencia que estamos ante un colectivo que requiere de un trato diferenciado, no discriminatorio, en

atención a su situación singular, pudiendo una futura norma con rango de ley reconocer dicha singularidad y dicho trato diferenciado, sin que ello suponga vulneración alguna al principio de igualdad en el acceso a la función pública.

6. Sobre la obligación jurídica de cumplir con el Derecho de la Unión Europea

España ha incumplido su obligación jurídica de transponer la Directiva 1999/70/CE. Esto ha supuesto procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea contra España, siendo los primeros (pero no los únicos) los Procedimientos de infracción 2014/4224 y 2014/4334.

Hablamos de una obligación jurídica. No hablamos de una mera recomendación o de un compromiso político. Los Estados miembros de la Unión Europea están jurídicamente obligados a transponer las directivas comunitarias a su ordenamiento interno, conforme a lo dispuesto en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La obligación de transposición se refuerza en el artículo 291 TFUE, que exige a los Estados miembros adoptar todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión. Igualmente, el principio de cooperación leal, recogido en el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Por último, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado que los Estados miembros no pueden alegar disposiciones, prácticas o circunstancias existentes en sus sistemas jurídicos internos para justificar el incumplimiento de las obligaciones y los plazos establecidos en las directivas.

En este sentido, se pueden mencionar:

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, Sentencia de 9 Jul. 2009, C-272/2008
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 27 Nov. 2003, C-66/2003

Pero incluso nuestro Tribunal Constitucional se pronuncia en ese sentido. Así, por ejemplo, la Sentencia 1/2012, e 13 de enero, del Pleno.

Ello quiere decir que, además de todo lo anteriormente alegado, la continuidad de la pasividad del Estado en transponer la Directiva 1999/70/CE supone una vulneración clara de una obligación jurídica que afecta a la ciudadanía, en tanto se prolonga y consiente la precariedad laboral derivada de las prolongaciones de los nombramientos y contrataciones temporales para cubrir necesidades permanentes y coyunturales de la Administración.

En este sentido, desde la perspectiva de los trabajadores públicos temporales en situación de abuso o fraude en la contratación temporal, el perjuicio que han sufrido está vinculado con la precariedad laboral que han tenido que soportar durante todos estos años en los que, por la ausencia de transposición de la Directiva 1999/70/CE, las diversas Administraciones Públicas han recurrido de forma irregular a las contrataciones y nombramientos temporales, prolongando esa temporalidad y haciendo que en su personal temporal se cronifique una precariedad laboral.

Ello se puede ver con claridad en la Cláusula 1 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada

«El objeto del presente Acuerdo marco es:

a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación;

b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada».

La precariedad laboral sufrida es, en sí misma, un perjuicio, dado que el empleado público temporal en esta situación suporta la incertidumbre de la duración de la relación laboral, posee una escasa protección frente al cese de dicha relación y, además, se ve privado de acceder a numerosos servicios que requieren demostrar una solvencia o estabilidad profesional (concesión de hipotecas, préstamos) que son muchas veces necesarios para poder disfrutar de un desarrollo personal y vital.

La vinculación de la Directiva 1999/70/CE con la lucha contra la precariedad laboral ha sido establecida por el TJUE (por ejemplo,

apartado 94 de la sentencia de 19 de marzo de 2020 dictada en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18).

II.D) SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD Y ADECUACIÓN A LA NORMATIVA Y JURISPRUENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE LA PROPUESTA (1 y 2 del Anexo): Estabilización del personal en abuso de la temporalidad de las Administraciones Públicas, donde el personal que hubiera aprobado un proceso selectivo sin plaza, se le adjudicará una plaza como personal funcionario de carrera, estableciéndose para el resto un proceso selectivo por concurso de méritos

1. Sobre la fijeza por la vía de la adquisición de la condición de funcionario de carrera al personal que estando en abuso de la contratación temporal ha aprobado un proceso selectivo y se ha quedado sin plaza.

Todo lo dicho en el apartado anterior (II.C), sería de plena aplicación a la presente medida, en atención a la plena constitucionalidad de esta medida.

2. Sobre los procesos selectivos como mecanismo para compensar y sancionar el abuso de la contratación temporal.

El análisis que se hace en este informe sobre los procesos selectivos, sirve en general para cualquiera de las propuestas analizadas en las que aparezca como opción la realización de un proceso selectivo, incluyendo la propuesta número 3.

Como se ha apuntado ya, los procesos selectivos que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas que están siendo ocupadas por personal temporal sólo son una medida adecuada para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos empleados en el caso de que se lleven a cabo de forma periódica y dentro de los plazos establecidos. En caso contrario, se afirma categóricamente que no sería una medida suficientemente efectiva y disuasoria.

Sin embargo, es evidente que, ante la envergadura del problema al que nos referimos, donde cientos de miles de temporales pueden considerarse en abuso de la contratación temporal, es evidente que las diferentes Administraciones no han convocado de forma efectiva el auténtico número de plazas vacantes que han sido cubiertas finalmente por temporales, que las ocupaban en abuso.

El TJUE ya se ha referido a la normativa española que regula la oferta y convocatoria de procesos selectivos. En la sentencia de Sánchez Ruiz y Berta Fernández Álvarez y otras contra Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud) de 19 de marzo de 2020 (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18) el tribunal europeo establece refiriéndose a esa normativa interna

«no garantiza que esos procesos se organicen efectivamente, no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada. La antedicha normativa tampoco resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que (...) su aplicación no tendría ningún efecto negativo para ese empleador». La conclusión del TJUE es clara, *«dado que la organización de estos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de relaciones de servicio de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión».*

Lo anterior implica que, si se quiere usar unos procesos selectivos para erradicar el problema y que sean una forma de compensación a los trabajadores públicos temporales, dichos procesos selectivos deben apartarse de las reglas y principios generales que rigen dichos procesos selectivos. En palabras del TJUE, la mera participación de los empleados públicos temporales en situación de abuso en igualdad frente a los aspirantes externos, en esos procesos selectivos no es *«medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada, tales procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso»* (apartado 100 de la sentencia de 19 de marzo de 2020). LA negrita es nuestra.

Por ello, se debe tener mucho cuidado con el uso de los procesos selectivos para intentar erradicar y solucionar este problema. Ya se intentó con la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Dicha norma, si bien no transpone formalmente a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el contrato de duración determinada, se dictó teniendo en cuenta el

problema generado por el abuso de las contrataciones temporales en el sector público derivado de la no transposición de la Directiva.

Esa Ley 20/2021 se refería expresamente a la Directiva y, en el Preámbulo de la ley, se puede leer:

«la doctrina que ha fijado el TJUE en esta materia dispone que las autoridades españolas tienen que instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad; y que las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin»

La ley pretendía servir de vehículo para sanción proporcionada, eficaz y disuasoria que garantice el cumplimiento de la Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (así se dice expresamente en los apartados III y IV del Preámbulo), pretendiendo que la tasa de contrataciones temporales en las Administraciones esté por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales (apartado IV del Preámbulo y artículo 2.3 de la ley 20/2021).

Sin embargo, dichos procesos selectivos ni cumplieron con la normativa y jurisprudencia comunitaria, ni sirvieron para solucionar el

problema. Baste señalar las sentencias del TJUE de 22 de febrero de 2024 y de 13 de junio de 2024. Por lo que se refiere a la sentencia de 13 de junio de 2024, las conclusiones son, específicamente sobre los anteriores procesos selectivos e la Ley 20/2021:

I. La convocatoria de los procesos selectivos que se contempla en la jurisprudencia nacional o en el artículo 2 de la Ley 20/2021, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada ni, por tanto, para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión (apartado 77 de la sentencia)

II. Específicamente sobre la indemnización de la ley 20/2021: Una compensación económica con un doble límite máximo en favor únicamente del empleado público afectado que no supere los procesos selectivos no parece constituir una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivas relaciones de empleo de duración determinada y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida proporcionada y suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco (apartado 84 de la sentencia)

En el mismo sentido la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2024, que aunque deriva de una cuestión prejudicial procedente del orden social, sus conclusiones en este sentido son igualmente aplicables en general a esta cuestión. En dicha sentencia también se concluye:

I. La normativa de la Unión Europea (Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70) prohíbe que una normativa nacional establezca el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos (apartado 108 de la sentencia).

II. La normativa de la Unión Europea (Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70) prohíbe que una normativa nacional establezca la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas

ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada (apartado sexto del fallo de la sentencia).

Por ello, la jurisprudencia del TJUE, de forma reiterada, establece que la pretensión de poner en marcha procedimientos selectivos para sancionar, compensar o solucionar el problema del abuso de la contratación temporal por las Administraciones no puede hacerse sobre la base de los criterios habituales u ordinarios de estos procedimientos.

Así:

- a) Si se trata de procesos selectivos en igualdad de condiciones entre los empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal y el resto de aspirantes, no cumple con la normativa comunitaria

- b) Si se trata de procesos selectivos de resultado incierto para los empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal, no cumple con la normativa comunitaria

- c) Si no suponen una compensación efectiva y proporcionada, no cumple con la normativa comunitaria

Ello implica que, si se quiere optar por procesos selectivos para sancionar y compensar el abuso y/o fraude en la contratación temporal, dichos procesos deben respetar esas premisas, las cuales sólo pueden tener cabida dentro de los denominados "procesos restringidos", es decir, que no sean procesos abiertos para que opten a esas plazas cualquier persona.

3. Sobre los procesos selectivos restringidos por concurso de méritos como mecanismo para compensar y sancionar el abuso de la contratación temporal.

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido la plena constitucionalidad de pruebas restringidas, en las que no exista una estricta igualdad de todos los participantes, siempre y cuando existan una serie de requisitos: que exista una expresa habilitación legal; que exista una legítima finalidad o una razón excepcional amparada en Derecho; que dicho procesos selectivos por concurso de méritos se realicen de forma igualmente de forma excepcional.

Así en la STC 16/1998 se puede leer (obviamente, cuando el Tribunal Constitucional dictó esta sentencia en el año 1998, no se había dictado la Directiva 1999-70-CE.): *«no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima»*. (Literalmente el mismo párrafo en la STC 126/2008).

Y en la STC 86/2016 de 28 de abril indica que: *«en determinados supuestos extraordinarios, se ha considerado acorde con la Constitución que, en procesos selectivos de acceso a funciones públicas, se establezca un trato de favor en relación a unos participantes respecto de otros. Esta excepción a la regla general se ha considerado legítima en supuestos verdaderamente singulares, en los que las especiales circunstancias de una Administración y el momento concreto en el que se celebraban estas pruebas, justificaban la desigualdad de trato entre los participantes (...) en definitiva, para que sea constitucionalmente legítimo establecer un proceso selectivo restringido o uno en el que se prime notablemente un determinado*

mérito en relación a otros, debe existir una justificación amparada en una situación excepcional, ya que en otro caso, la desigualdad de trato lesionaría el art. 23.2 CE (STC 27/2012, FJ 5)».

En la sentencia 12/1999 del Tribunal Constitucional también se puede leer que estos sistemas de acceso *«han de considerarse como un procedimiento proscrito por el art. 23.2 C.E., si bien no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima».*

Por todo ello, y con el fin de no repetir errores, no prolongar el problema, y no tener que nuevamente soportar cómo el TJUE deslegitima una norma española que pretenda sancionar y compensar el abuso y/o el fraude en la contratación temporal por la vía de los procesos selectivos, dichos procesos, deben ajustarse a los criterios del Derecho y de la jurisprudencia de la Unión Europea que, se insiste, se basa en:

a) Que no haya igualdad de condiciones entre los empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal y el resto de aspirantes

b) Que no sean procesos selectivos de resultado incierto para los empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal.

c) Que efectivamente supongan una compensación efectiva y proporcionada.

Ello sólo parece posible en un régimen de proceso selectivo restringido, y en donde exista un control efectivo y real sobre el número de plazas ocupadas, ofertadas y convocadas en relación al número de empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal.

Teniendo en cuenta, como se ha expresado en el apartado anterior, que el mérito y la capacidad se pueden reconocer por la vía de la experiencia y antigüedad ya acreditadas, incluso que muchos de estos miembros del colectivo de empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal sí han

superado al menos un proceso selectivo, bien para acceder al empleo público temporal o bien en un proceso selectivo sin lograr plaza, no se entiende que sea eficaz y eficiente para el fin perseguido la instauración de un nuevo proceso selectivo que, en todo caso, debe cumplir con los requisitos establecidos en la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea. En todo caso, deberá ser restringido y con resultado cierto, como se indica en las propuestas presentadas.

II.E) SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD Y ADECUACIÓN A LA NORMATIVA Y JURISPRUENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE LA PROPUESTA (4 del anexo y otras): Instauración de la figura del “fijo a extinguir”

Todo lo dicho en el apartado II.C de este informe, sería de plena aplicación a la presente medida (figura del fijo a extinguir), en atención a la plena constitucionalidad de esta medida.

Esta figura, además de en la propuesta número cuatro analizada, aparece como opción alternativa en otras propuestas. El análisis de la figura sirve para cualquiera de las propuestas en las que aparezca.

Además, habría que añadir que dicha figura ya está prevista dentro del sector público, habiéndose aplicado sin tacha alguna de inconstitucionalidad. Así el artículo 87 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, literalmente dice, cuando se regulan las transformaciones de las entidades integrantes del sector público institucional estatal, que *«la integración de quienes hasta ese momento vinieran ejerciendo funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo podrá realizarse con la condición de "a extinguir"»*.

La jurisprudencia reciente de los Tribunales Superiores de Justicia (Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears, Sentencia 674/2023 de 15 de diciembre 2023; Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears, Sentencia 676/2023 de 18 de diciembre; Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sentencia 2445/2021 de 21 de julio) ha reconocido la existencia y validez de la figura del 'fijo a extinguir' en el marco de la transformación de entidades públicas y en procesos de estabilización del empleo público, siempre que esté prevista en una norma con rango de ley, como es este caso.

No existe por ello impedimento constitucional alguno para que se legisle adoptando esta medida como compensación al abuso de la contratación temporal en las Administraciones Públicas.

II.F) SOBRE EL ÁMBITO SUBJETIVO AL QUE DEBE AFECTAR ESTAS PROPUESTAS:

Uno de los principales problemas que deben tenerse en cuenta a la hora de legislar la compensación que debe recibir el colectivo de empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal, es determinar con rigor y seguridad jurídicas quiénes se pueden acoger a esa nueva regulación.

En las propuestas que se valoran, se menciona al *«personal interino o temporal, en mejora de empleo o equivalente, que lleve más de tres años ininterrumpidos, entendiéndose también aquellos casos en que exista un periodo ininterrumpido de sucesión o concatenación de nombramientos o de contratos en el mismo cuerpo, escala, especialidad, grupo y subgrupo o categoría y nivel profesional de la misma Administración Pública, cuando entre los mismos no hayan transcurrido más de seis meses en la misma Administración Pública»*

Igualmente, se incluye al *«personal cesado en su puesto de trabajo que cumpliera los mismos criterios de temporalidad mencionados, en el período de tiempo desde la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y hasta la entrada en vigor»* de la futura norma a aprobar.

Además, se incluye al personal que haya sido cesado antes de la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), siempre que hubiese recurrido administrativa y/o judicialmente el acto de su cese del puesto de trabajo por incumplimiento de la directiva 1999/70/CE por parte de la Administración y cumpliera los mismos criterios de temporalidad mencionados.

Por último, *«será también de aplicación al personal de la Administración de Justicia, del personal Estatutario, del personal de Educación y del personal Sanitario»*

Es importante que expresamente queden recogidas en la norma todos los sectores públicos (educativo, sanitario, de la Administración de Justicia, etc.) que, con sus peculiaridades, sufren la misma precariedad laboral que en la Administración general. El problema tiene

la misma raíz y los perjuicios son los mismos, con independencia de donde presten sus servicios estos empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal. El problema radica en la falta de trasposición correcta de la Directiva 1999/70/CE y en el incumplimiento de la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea, y los perjuicios que sufre este colectivo son la precariedad laboral y la falta de seguridad jurídica. Es así se sea docente, sanitario, personal de la Administración de Justicia o se trabaje en la Administración General.

Siendo esto así, las peculiaridades para la puesta en marcha de estas medidas de compensación deben ajustarse a las realidades de estos sectores, bien se tenga un único nombramiento prolongado en el tiempo, o bien se concatenen nombramientos para el desempeño de las mismas funciones en la misma Administración.

III.- CONCLUSIONES

La fundamentación jurídica expuesta en el presente Dictamen arroja las siguientes conclusiones:

Primera.- El problema tratado en el presente informe (la alta tasa de temporales en las Administraciones Públicas y, como consecuencia de ello, la precariedad laboral que sufren los empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal) deriva exclusivamente del incumplimiento manifiesto y prolongado en el tiempo del Estado español, el cual ni ha traspuesto la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, ni ha aplicado la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea. Dicha normativa goza de primacía respecto de la normativa interna legal española y dicha jurisprudencia es vinculante para cualquier aplicador del Derecho en España.

Esto implica un incumplimiento jurídico cuyos perjuicios, a modo de precariedad laboral, han sufrido durante años o décadas, el colectivo de empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal.

Segunda.- Centrándonos en las medidas de tipo legislativo, urge y es obligatorio regular por medio de una norma con rango de

ley para transponer dicha Directiva, sancionar estas prácticas abusivas y compensar al colectivo de empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal, mediante una compensación efectiva y proporcional a la precariedad laboral sufrida.

No hacerlo, además de perpetuar el incumplimiento claro y flagrante del Derecho de la Unión Europea, agrandaría los perjuicios sufridos por el mencionado colectivo, tanto en el número de afectados, como en la proporción de la precariedad laboral sufrida.

Tercera.- La opción legislativa de compensar al colectivo de empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal mediante su estabilización directa, bien por la vía del reconocimiento de su condición de funcionario de carrera, o bien por la creación de la figura del "fijo a extinguir" es una solución válida, efectiva y eficiente al problema, siendo acorde tanto al Derecho de la Unión Europea como plenamente constitucional conforme a nuestra Constitución Española.

Cuarta.- No es cierto que el mérito y la capacidad sólo pueden acreditarse por medio de procedimientos selectivos convocados al efecto, de la misma forma que tampoco es cierto que deba interpretarse que la referencia al mérito y la capacidad a la que hace referencia el artículo 103.2 de la Constitución esté vinculado al acceso a la condición de funcionario de carrera.

Como se ha desarrollado a lo largo de este informe, ésta una sólida y constante jurisprudencia y argumentación constitucional que permite concluir:

- a) Que el mérito y la capacidad puede ser reconocida por una futura norma legal al colectivo de empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal derivada de su experiencia en los puestos ocupados durante años en temporalidad y por la antigüedad trabajada en la Administración. Tanto en el caso de los interinos que sí han aprobado un proceso selectivo pero se quedaron sin plaza para posteriormente volver a trabajar en esas plazas como temporales, así como para los que accedieron a la temporalidad por medio de un proceso selectivo.

- b) Que una medida de este tipo no implicaría ninguna vulneración del principio de igualdad, en atención a la singularidad del colectivo de empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal, el cual le hace merecedor de una medida diferenciada, en atención al principio constitucional de "igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales".
- c) Que la estabilidad laboral también forma parte del contenido de nuestra Constitución, habiendo establecido nuestro Tribunal Constitucional que *«el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o **estabilidad en el empleo**»* (la negrita es nuestra)

Por todo lo anterior, se puede concluir que una medida legislativa que establezca, como compensación por la precariedad laboral sufrida derivada del abuso y/o fraude en la contratación temporal, el reconocimiento directo y efectivo de la condición de funcionario de carrera, o una medida de estabilización equivalente, como la creación de la figura del “fijo a extinguir”, es una medida plenamente constitucional, en atención a la situación excepcional y extraordinaria derivada del incumplimiento durante décadas de la obligación de trasponer y respetar el Derecho de la Unión Europea, siendo una medida que deberá aplicarse de forma excepcional y por una vez como vía compensación y cumplimiento del Derecho comunitario.

Quinta.- Por el contrario, unos procesos selectivos sólo podrán ser una medida válida y eficaz para la compensación por la precariedad laboral sufrida derivada del abuso y/o fraude en la contratación temporal, en la medida que cumplan con los criterios reiteradamente establecidos por el TJUE en relación a esta materia, y que implican los siguientes requisitos

a) Que no haya igualdad de condiciones entre los empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal y el resto de aspirantes

b) Que no sean procesos selectivos de resultado incierto para los empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal.

c) Que efectivamente supongan una compensación efectiva y proporcionada.

Ello sólo podría ser plenamente posible por medio de procesos selectivos restringidos, de resultado cierto y con medidas reales y efectivas para la determinación del número real de plazas ofertadas y convocadas vinculadas al número que compone el colectivo de empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal.

Los procesos selectivos restringidos han sido avalados por nuestro Tribunal Constitucional, si bien condicionados al cumplimiento de tres requisitos: que exista una expresa habilitación legal; que exista una legítima finalidad o una razón

excepcional amparada en Derecho; que dicho proceso selectivos se realicen de forma igualmente de forma excepcional.

Sexta.- Las propuestas objeto de este Dictamen jurídico, recogidas en el Anexo adjunto, resuelven de manera eficaz la problemática del abuso de la temporalidad en las Administraciones Públicas, tanto si se opta por cualquiera de las figuras de la estabilización directa o "fijeza", como mediante los procesos selectivos de resultado cierto, acordes al Derecho de la Unión Europea, teniendo en cuenta, en relación con estos procesos selectivos, las salvedades expuestas en relación a los controles que deben existir para la correcta determinación del número de plazas ofertadas y convocadas, así como con relación a su carácter restringido y de resultado no incierto para el colectivo de empleados públicos temporales en situación de abuso y/o fraude en la contratación temporal. En este sentido, las medidas serían acordes a la Constitución Española, dando cumplimiento a las sentencias del TJUE y al Derecho de la Unión Europea.

Séptima.- Estas medidas legislativas deben afectar a todos los sectores públicos (educativo, sanitario, de la Administración de Justicia, etc.) que, con sus peculiaridades, sufren la misma precariedad laboral que en la Administración General. Dado que el problema radica en la falta de trasposición de la Directiva 1999/70/CE y en el incumplimiento de la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea, y los perjuicios derivados de la precariedad laboral que sufren por igual se sea docente, sanitario, personal de la Administración de Justicia o se trabaje en la Administración General, la medida y la compensación debe abarcar a todos ellos, sin que puedan existir soluciones parciales.

Es cuanto se tiene el honor de informar, sometiendo este dictamen a otro mejor fundado en Derecho. El contenido del presente dictamen está sujeto a confidencialidad y está protegido por derechos de autor, lo cual se menciona expresamente.

En Santa Cruz de Tenerife, a 26 de marzo de 2026

Fdo. Dr. Gerardo Pérez Sánchez
Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Constitucional de la ULL
Abogado.

ANEXO

PROPUESTAS PLATAFORMA INTERIN@S EN ACCIÓN

- 1. PROPUESTA PRIMERA:** Dictar un Real Decreto-Ley de Medidas Urgentes para la Estabilización del personal en abuso de la temporalidad de las Administraciones Públicas, donde el personal que hubiera superado un proceso selectivo sin obtener plaza, o hubiera aprobado el o los ejercicios o pruebas de la fase de oposición de un proceso selectivo sin obtener plaza, se le adjudicará la misma plaza, como personal funcionario de carrera, para el personal funcionario interino, en situación de mejora de empleo o equivalente, personal estatutario fijo para el personal estatutario temporal, y personal laboral fijo para el personal laboral temporal.

En esta propuesta, con carácter excepcional, para el resto de personal en abuso, se habilitará el artículo 61.6 del TREBEP por el sistema de concurso, que consistirá únicamente en la valoración de méritos. Obteniendo plaza como personal funcionario de carrera, el personal funcionario interino, en situación de mejora de empleo o equivalente, el personal estatutario fijo para personal estatutario temporal y personal laboral fijo para personal laboral temporal, con la creación de la figura de personal fijo a extinguir para quien no obtenga plaza por el sistema de concurso, de manera automática.

- 2. PROPUESTA SEGUNDA:** Dictar un Real Decreto-Ley de Medidas Urgentes para la Estabilización del personal en abuso de la temporalidad de las Administraciones Públicas, donde el personal que hubiera superado un proceso selectivo sin obtener plaza, o hubiera aprobado el o los ejercicios o pruebas de la fase de oposición de un proceso selectivo sin obtener plaza, se le adjudicará la misma plaza, como personal funcionario de carrera, para el personal funcionario interino, en situación de mejora de empleo o equivalente, personal estatutario fijo para personal estatutario temporal, y personal laboral fijo para el personal laboral temporal.

En esta propuesta, para el resto de personal en abuso, se habilitará el artículo 61.6 del TREBEP, con carácter excepcional, el sistema de concurso restringido, que consistirá únicamente en la valoración de méritos. Obteniendo plaza como personal funcionario de carrera, para el personal funcionario interino, en situación de mejora de empleo o equivalente, personal estatutario fijo para el personal estatutario temporal y personal laboral fijo para el personal laboral temporal, con la creación de la figura de personal fijo a extinguir para quien no obtenga plaza por el sistema de concurso, de manera automática.

- 3. PROPUESTA TERCERA:** Dictar un Real Decreto-Ley de Medidas Urgentes para la Estabilización del personal en abuso de la temporalidad de las Administraciones Públicas, donde se habilita el artículo 61.6 del TREBEP, con carácter excepcional, el sistema de concurso, que consistirá únicamente en la valoración de méritos, para el personal en abuso de la temporalidad de

más de cinco años y para el personal en abuso de la temporalidad de entre más de tres y hasta cinco años que hubiera superado un proceso sin obtener plaza, o hubiera aprobado algún ejercicio o prueba de la fase de oposición de un proceso selectivo sin obtener plaza. Y un concurso-oposición para el personal en abuso de la temporalidad de entre más de tres y hasta cinco años que no hubiera superado un proceso selectivo o no hubiera aprobado algún ejercicio o prueba de la fase de oposición de un proceso selectivo.

Obteniendo plaza como personal funcionario de carrera, el personal funcionario interino, en situación de mejora de empleo o equivalente, el personal estatutario fijo para personal estatutario temporal, y personal laboral fijo para personal laboral temporal, y con la creación de la figura de personal fijo a extinguir para quien no obtenga plaza por los sistemas selectivos anteriores, de manera automática. Este proceso se podrá realizar también de forma restringida.

4. **PROPUESTA CUARTA:** Incluir en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), la figura de EMPLEADO PÚBLICO FIJO A EXTINGUIR, mediante la introducción de la modificación al articulado de la Ley de Función Pública Estatal.
5. **PROPUESTA QUINTA:** Dictar un Real Decreto-Ley de Medidas Urgentes para la Estabilización del personal en abuso de la temporalidad de las Administraciones Públicas, donde se adquirirá fijeza automática en su

respectiva Administración, en concepto de personal funcionario de carrera para personal funcionario interino y en situación de mejora de empleo o equivalente, personal estatutario fijo para personal estatutario temporal, y personal laboral fijo para personal laboral temporal.