



Universidad
Zaragoza

TRABAJO FIN DE MÁSTER

“Dictamen sobre el fraude de ley por abuso de temporalidad en la contratación de personal temporal al servicio de las Administraciones Públicas”

AUTOR: Magdalena Ralcheva Vasileva

DIRECCIÓN: Carmen Tirado Robles

Máster en Abogacía

Área de Derecho Internacional Público

Facultad de Derecho – Universidad de Zaragoza

Curso 2023/2024

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	3
ANTECEDENTES DE HECHO	5
CUESTIONES JURÍDICAS	6
NORMATIVA APLICABLE	7
a) Normativa nacional a nivel estatal	7
b) Normativa nacional a nivel autonómico	8
c) Normativa comunitaria.....	9
FUNDAMENTOS DE DERECHO	10
PRIMERO.- Existencia de fraude de ley por abuso de temporalidad en la contratación del empleado por parte del Servicio Navarro de Salud– Osasunbidea.....	10
SEGUNDO.- Derechos del empleado público derivados de la existencia de fraude de ley por abuso de temporalidad	12
a) Los derechos del empleado público ante el fraude por abuso de temporalidad en la normativa existente	14
b) Los criterios jurisprudenciales de los tribunales españoles	16
c) Los pronunciamientos del TJUE sobre la materia	17
TERCERO.- Reclamación de los derechos del empleado público por vía judicial nacional	21
a) La jurisdicción social como posible vía de reclamación	21
b) La jurisdicción contencioso-administrativa	23
CUARTO.- Reclamación de los derechos del empleado público por vía judicial internacional	24
a) El recurso por incumplimiento ante el TJUE.....	25
b) La cuestión prejudicial a instancia del interesado.....	26
QUINTO.- Vías alternativas de resolución de conflictos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa	27
CONCLUSIONES	28

RELACIÓN DE ABREVIATURAS

Art. = Artículo

LJCA = Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

STS = Sentencia del Tribunal Supremo

STJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TFUE = Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE = Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TREBEP = Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

TS = Tribunal Supremo

UE = Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas, la situación de los empleados temporales al servicio de las Administraciones Públicas en España ha sido cambiante e inestable. Factor clave que contribuye a esta inseguridad jurídica es la confusa e insuficiente regulación española sobre estos contratos, así como la existencia de criterios jurisprudenciales contrarios y variables a lo largo del tiempo.

Actualmente, en España se estima, tal y como recoge la *Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público* en su *Preámbulo*, que aproximadamente un 30% de los empleados públicos tienen o han tenido un vínculo temporal con la Administración Pública contratante. Aunque no hay datos oficiales al respecto, se calcula que una parte importante de estos contratos temporales se encuentran en fraude de ley por abuso de temporalidad.

A esta altísima tasa de temporalidad se suma el debate jurídico sobre la posibilidad de que el orden jurisdiccional social resuelva los asuntos derivados del fraude en la contratación ya que, en un principio, el vínculo con la Administración Pública decanta la balanza hacia la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, durante los últimos años los Juzgados de lo Social españoles han admitido numerosas demandas por parte de empleados al servicio de la Administración, al considerar que, cuando un contrato administrativo se encuentra en fraude, dicho contrato encubre una relación de laboralidad, lo que lo convierte en un contrato laboral y, por ello, objeto de la jurisdicción social.

Paralelamente, también se han estado resolviendo los litigios en esta materia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, creando una situación de tratamiento jurídico distinto de una misma tipología de asuntos por parte de dos jurisdicciones diferentes, lo que contribuye a complicar la situación y a crear aún más inseguridad jurídica si cabe.

Este tema, además, tiene un componente internacional europeo muy marcado, siendo de vital importancia 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, que contempla varios aspectos relativos al empleo público temporal, marcando unas directrices claras sobre la necesidad de regulación de esta materia a nivel nacional y fija la fecha máxima para su transposición por los Estados Miembros en el 10 de julio de 2001.

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el incumplimiento de estas directrices por parte del Estado español, culminando con una reciente sentencia (del 22 de febrero de 2024), en la que, entre otras cuestiones que serán analizadas a lo largo de este informe, determina que la *Ley 20/2021, de 28 de diciembre*, citada anteriormente y aprobada en España como una medida de solución a la temporalidad en el empleo público, no cumple con lo que marca la *Directiva 1999/70/CE*.

En dirección contraria, el Tribunal Supremo español (Sala de lo Social), un mes antes, acababa de cerrar la puerta a la presentación de demandas por fraude de ley de empleados públicos ante la jurisdicción social (*STS de 19 de enero de 2024*).

La motivación personal para la elección de este tema en concreto se basa en varias razones. En primer lugar, este trabajo se construye desde mi pasión por el Derecho del Trabajo y mi especial interés por el Derecho Internacional Público, sobre todo en lo relativo a la figura institucional de la Unión Europea y la armonización jurídica entre sus Estados Miembros.

En segundo lugar, la elección de un asunto real (en este caso, el de una persona muy cercana) que, además, está en pleno trámite judicial y sin resolver, supone un reto jurídico alineado con el espíritu que debe tener un Trabajo de Fin del Máster en Abogacía: aproximarse lo máximo posible al ejercicio de la profesión, desde el análisis de las posibles vías jurídicas que más interesan al cliente, hasta el trazado de las estrategias procesales que configurarán sus posibilidades de éxito ante los Tribunales.

Por último, el hecho de tratarse de un tema que en estos momentos levanta tanto “revuelo”, es objeto de intensos debates jurídicos y afecta a un gran número de personas, me brinda la oportunidad de poner a prueba mis conocimientos y criterio técnico, proponiendo soluciones a un asunto que se encuentra perdido en un plano normativo cambiante y nada claro.

Conviene aquí precisar que, en aras de salvaguardar la privacidad de los interesados, todos los datos personales que contiene este escrito son ficticios.

Sobre la base de todo lo anterior, se procede a elaborar el presente dictamen que someto a cualesquiera otros mejor fundados en Derecho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Aritz Izeta, mayor de edad, con domicilio actual en Tudela (Navarra), presta actualmente servicios como personal al servicio de la Administración Pública para el Servicio Navarro de Salud–Osasunbidea, desarrollando las funciones de Técnico Especialista en Anatomía Patológica (TEAP), nivel C, con un salario anual de 23.631.17 euros.

La relación laboral se desarrolla en régimen de jornada completa (1.592 horas/año) para la cobertura temporal de una plaza de la plantilla orgánica con destino Área de Salud de Tudela – Unidad de Enfermería y Cuidados de Laboratorio y Diálisis.

El demandante no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior la representación legal o sindical de los trabajadores.

SEGUNDO.- El contrato vigente en virtud del cual el interesado presta servicios es un contrato administrativo estructural de atención de otras necesidades en el Servicio Navarro de Salud, justificadas por la imposibilidad de afrontarlas con el personal fijo del hospital, suscrito con fecha de inicio de la prestación de servicios el 19 de marzo de 2018, con fecha de finalización fijada en el 30 de junio de 2018. A partir de esta fecha, el contrato ha sido prorrogado por acuerdo entre las partes en seis ocasiones, hasta la firma de una novación de contrato administrativo por conversión de la plaza original a plaza vacante.

Además, este último contrato viene encadenando otro anterior por los mismos motivos, siendo la línea temporal la siguiente:

- **19/02/2018 – 18/03/2018:** Contrato administrativo estructural de atención a otras necesidades en el Servicio Navarro de Salud

- **19/03/2018 – 30/06/2018:** Contrato administrativo estructural de atención a otras necesidades en el Servicio Navarro de Salud
 - o **01/07/2018 – 31/12/2018:** Primera prórroga
 - o **01/01/2019 – 30/06/2019:** Segunda prórroga
 - o **01/07/2019 – 31/12/2019:** Tercera prórroga
 - o **01/01/2020 – 30/06/2020:** Cuarta prórroga
 - o **01/07/2020 – 31/12/2020:** Quinta prórroga
 - o **01/01/2021 – 03/06/2021:** Sexta prórroga
 - o **04/06/2021 – Actualidad:** Novación por conversión de la plaza original a plaza vacante.

El documento de novación del contrato viene a establecer, en su cláusula tercera, que *“este contrato producirá efectos a partir del día 4 de junio de 2021 y finalizará con la cobertura de la vacante o con la amortización de la plaza, sin que en ningún momento la duración máxima del contrato pueda exceder del plazo pactado”*. Hasta la fecha actual no se ha abierto por parte de la Administración Pública proceso de cobertura de la plaza vacante en cuestión.

TERCERO.- Además de este último contrato vigente, el interesado ha venido manteniendo relaciones laborales temporales con el Servicio Navarro de Salud– Osasunbidea con destino Tudela y Pamplona desde el año 2015, encadenando un total de 27 contratos temporales y ocupando diferentes plazas en régimen de sustitución.

CUARTO.- Ante la propagación de rumores sobre una posible convocatoria de oposición para la estabilización de las plazas temporales del Servicio Navarro de Salud, D. Aritz Izeta, preocupado por la posibilidad de quedarse sin su plaza, acude a esta Letrada relatando los hechos antes expuestos y solicitando asesoramiento sobre las siguientes cuestiones.

CUESTIONES JURÍDICAS

D. Aritz Izeta plantea las siguientes cuestiones, solicitando respuesta motivada en Derecho a esta Letrada:

PRIMERA.- “*¿Es conforme a la normativa vigente la sucesión de estos contratos temporales y sus correspondientes prórrogas por parte del Servicio Navarro de Salud?*”

SEGUNDA.- “*En caso contrario, ¿cómo puedo defender mis derechos y qué podría conseguir?*”

TERCERA.- “*De entre las posibles vías de reclamación, ¿cuál es la que más me interesa teniendo en cuenta mi situación?*”

NORMATIVA APLICABLE

a) Normativa nacional a nivel estatal

En el plano nacional, la primera norma que debemos tener en cuenta y que establece los principios generales que regirán el acceso al empleo público en España es la Constitución Española de 1978, que en su artículo 103, apartado 3, establece que el acceso a la función pública se producirá “*de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*”.

Además, hay que atender también a normas nacionales para resolver la cuestión relativa a la competencia jurisdiccional para conocer de los supuestos de abuso de temporalidad de los empleados públicos. Así pues, será de aplicación la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en concreto sus artículos 1 y 2. Por otro lado, para determinar la posible competencia del orden jurisdiccional social, se atenderá a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. En concreto, será de aplicación lo dispuesto en sus artículos 1, 2 y 3. Ambas normas deberán ponerse en relación con el art. 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y con el art. 1.3.a) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Conviene nombrar el art. 15.3 de este último, en cuanto establece que “*se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*”, aunque su aplicación es objeto de discusión como veremos.

b) Normativa nacional a nivel autonómico

En el caso que nos ocupa, serán de aplicación varias normas autonómicas de la Comunidad Foral de Navarra, debido a que el Servicio Navarro de Salud–Osasunbidea es una Administración Pública perteneciente a esta Comunidad Autónoma.

Navarra cuenta con su propio Estatuto del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, cuyo texto refundido se encuentra recogido en el Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto. Será de aplicación, por tanto, el Capítulo I del Título IV (artículos de 88 a 93), que regulan las condiciones del personal contratado en régimen administrativo.

En desarrollo de este Estatuto, el Decreto Foral 68/2009, de 28 de septiembre, por el que se regula la contratación de personal en régimen administrativo en las Administraciones Públicas de Navarra, en su artículo 7 recoge el régimen jurídico del contrato de atención de otras necesidades de personal en el Servicio Navarro de Salud–Osasunbidea. Sobre la misma materia se pronuncia el art. 29.1.e) de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, reguladora del régimen específico del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud–Osasunbidea.

Además, se estará a lo dispuesto en la Disposición Adicional 4ª del Decreto Foral 68/2009 antes citado, según la cual *“Aquellas plazas vacantes de la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos que hayan sido cubiertas temporalmente al menos durante tres años, se incluirán en la siguiente oferta de empleo público que se apruebe a partir del cumplimiento de dicho plazo.”*

Finalmente, será de aplicación la Ley Foral 19/2022, de 1 de julio, de medidas para la realización de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, en las Administraciones Públicas de Navarra. Como se puede percibir en su título y expresamente menciona su Preámbulo, mediante esta norma se adapta la normativa foral propia de Navarra para la regulación del personal al servicio de sus Administraciones Públicas, *“incorporando al*

ordenamiento jurídico foral los derechos y obligaciones esenciales de la citada normativa estatal básica en lo que afecta al personal temporal.”

Concretamente, son aplicables al caso que nos ocupa su artículo 3, relativo a la compensación económica en caso de incumplimiento de los plazos máximos de permanencia en la contratación en régimen administrativo; el artículo 4, que regula el cómputo de las plazas a incluir en la oferta pública de empleo de estabilización y el artículo 6, sobre la reducción de plazos y simplificación de trámites de los procesos de estabilización.

c) Normativa comunitaria

En el plano del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, además de los principios rectores en esta materia contenidos en los Tratados constitutivos (específicamente, los arts.151 y ss. del TFUE relativos a política social de la UE), la norma de aplicación principal será 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, que incorpora en su Anexo el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999.

Concretamente, el artículo 2 de la citada Directiva establece 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”*.

En cuanto al Acuerdo Marco, interesan especialmente en este asunto la cláusula 1, que establece el objeto del acuerdo; la cláusula 3, que recoge las definiciones de los conceptos incluidos en el Acuerdo Marco para facilitar su interpretación y la cláusula 5, relativa a las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Existencia de fraude de ley por abuso de temporalidad en la contratación del empleado por parte del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

La primera cuestión que debe ser objeto de análisis para resolver las cuestiones planteadas por D. Aritz Izeta es la existencia o no de incumplimiento de la legalidad por parte del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en la contratación temporal del empleado público. El relato fáctico de nuestro cliente y la documentación aportada permiten extraer tres hechos clave para determinar esta cuestión.

En primer lugar, el contrato temporal del empleado tiene naturaleza administrativa, concretamente en la modalidad de *contrato administrativo estructural de otras necesidades en el Servicio Navarro de Salud*, justificado por la imposibilidad de afrontarlas con el personal fijo del hospital.

En segundo lugar, a pesar de que existen dos contratos de la misma naturaleza, seis prórrogas del segundo y finalmente una novación de contrato, el hecho es que el empleado ha estado ocupando la misma plaza de la plantilla orgánica del hospital desde el 19 de febrero de 2018 hasta la actualidad. Por lo tanto, la plaza ha estado ocupada en régimen temporal durante un total de 6 años y 3 meses contando hasta que el cliente acude a nuestro despacho en mayo de 2024, pues la prestación de servicios sigue realizándose y, por lo tanto, esta duración sigue creciendo hasta que no se produzca la extinción del contrato.

El tercer hecho clave es que, a día de hoy, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea no ha abierto proceso de estabilización para la cobertura de la plaza vacante de forma definitiva.

Para determinar si existe fraude por abuso de temporalidad en la contratación atenderemos, ante todo, a la duración del contrato. Las dos normas que rigen este aspecto son el art. 29.1.e) de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre y el art. 7 del Decreto Foral 68/2009, de 28 de septiembre.

Hay que tener en cuenta que ambas normas establecen duraciones diferentes para el contrato de atención a otras necesidades de personal en el Servicio Navarro de Salud–Osasunbidea:

- El art. 7 del Decreto Foral 68/2009, de 28 de septiembre estipula que la duración inicial no podrá ser superior a un año, pudiendo prorrogarse por periodos también de máximo un año y sin que en ningún caso la duración total del contrato junto con sus prórrogas pueda ser superior a 5 años.
- El art. 29.1.e) de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, a su vez, determina que este contrato tendrá una duración máxima de 1 año y no podrá prorrogarse para la atención de las mismas necesidades, debiendo crearse la correspondiente vacante en la plantilla orgánica del hospital. Además, establece que el contrato de provisión temporal de la nueva vacante se extinguirá a los 3 años, para los que computarán tanto el nuevo contrato de vacante como el contrato inicial de atención a otras necesidades.

Son necesarias varias precisiones a este respecto. Existen, como es obvio, dos normas distintas que regulan la misma materia de forma contradictoria. La Ley Foral 19/2022, de 1 de julio, de medidas para la realización de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, que entró en vigor el 15 de julio de 2022, fue la encargada de dar esta nueva redacción al art. 29 de la Ley Foral 11/1992 a través de varias modificaciones y, al parecer, no se adaptó el texto reglamentario del Decreto Foral 68/2009 a la nueva línea legislativa.

En este caso, debemos atenernos a la jerarquía normativa que recogen los artículos 55.2 y 56.2 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidenta o Presidente, según los cuales el Decreto Foral tiene fuerza de norma reglamentaria y no podrá contradecir normas con rango de Ley. En conclusión, el art. 29.1.e) de la Ley Foral 11/1992 tiene rango superior y será la norma aplicable a la duración de esta modalidad contractual.

En vista de los hechos y de la normativa en la materia, aunque los dos primeros contratos desde que se inició la prestación de servicios en febrero de 2018 y sus prórrogas no superaron la duración máxima marcada por la normativa vigente en

esos momentos y, además, culminaron con la conversión de la plaza en vacante de la plantilla orgánica en junio de 2021, lo cierto es que, al tenor de la nueva redacción del art. 29.1.e) de la Ley Foral 11/1992, la duración total de la provisión temporal de la plaza supera con creces los 3 años máximos fijados por la Ley.

Además, se ha producido un claro incumplimiento por parte del Servicio Navarro de Salud–Osasunbidea de la Ley Foral 19/2022, de 1 de julio, de medidas para la realización de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, en las Administraciones Públicas de Navarra. En efecto, al tenor de su artículo 4, la plaza vacante objeto de análisis debe ser incluida en la oferta pública de empleo de estabilización y, además, según el art. 6 de la misma norma, la convocatoria debía ser publicada en el Boletín Oficial de Navarra antes del 31 de diciembre de 2022 con el fin de posibilitar la resolución de los procesos de estabilización antes del 31 de diciembre de 2024.

En la misma línea, aunque con carácter más general, el Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, establece en su artículo 88.3 que *“el personal contratado en régimen administrativo podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los 3 años, a contar desde la fecha de contratación”*.

A la luz de todo lo anteriormente expuesto, debemos concluir que existe fraude de ley por abuso de temporalidad y, por tanto, la respuesta a la primera cuestión planteada por D. Aritz es que su contratación por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea no cumple con la legalidad vigente.

SEGUNDO.- Derechos del empleado público derivados de la existencia de fraude de ley por abuso de temporalidad

Las consecuencias legales derivadas de la existencia de fraude de ley en la contratación temporal de empleados públicos en España están siendo, durante los últimos años, objeto de complejos debates jurídicos y tratamientos desiguales y absolutamente contrarios por parte de los tribunales.

El ordenamiento jurídico español no cuenta, de momento, con una normativa clara que establezca cuáles son los derechos del empleado público en situación de fraude y, además, este hecho supone el incumplimiento por parte del Estado español del mandato comunitario recogido en 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.

Al respecto, el art. 2 de la Directiva establece 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 más tardar el 10 de julio de 2001”*.

En 2024 todavía no existe una regulación nacional específica y contundente en esta materia que arroje luz sobre la responsabilidad de la Administración Pública en estos asuntos y evite el abuso en la contratación temporal, más allá del nuevo régimen de responsabilidades administrativas ante el incumplimiento de las medidas dirigidas al control de la temporalidad que la Ley 20/2021, de 28 de diciembre introduce en la Disposición Adicional Decimoséptima del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

Este régimen modifica el sujeto de la responsabilidad, que antes recaía específicamente en los órganos competentes en materia de personal, trasladándolo a la Administración correspondiente en su conjunto. Este hecho, en palabras de Gifreu Font¹, *“desdibuja aún más la posibilidad de identificar el sujeto responsable del incumplimiento, alejándose así de la perspectiva del legislador de tratarla como una medida disuasoria”*.

En este plano actual, complejo y cambiante, es necesario hacer un análisis de normativa relacionada con la materia, criterios jurisprudenciales de los tribunales nacionales y resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para ofrecer al cliente una respuesta sobre la segunda cuestión planteada: los posibles beneficios que podría obtener el trabajador a consecuencia de la

¹ Gifreu Font, J. (2022). La estrategia de reducción de la temporalidad en el empleo público en la Ley 20/2021: ¿un bálsamo de fierabrás para erradicar definitivamente las relaciones de interinidad de larga duración o una solución provisional para salir del paso? *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 77-99. <https://doi.org/10.24965/reala.11117>

reclamación de sus derechos frente al Servicio Navarro de Salud–Osasunbidea a través de la vía judicial.

a) Los derechos del empleado público ante el fraude por abuso de temporalidad en la normativa existente

La normativa sobre esta materia, como ya se ha mencionado, es más bien escasa en el plano nacional español y, además, se limita a prever para los empleados públicos que se encuentran en situación de fraude, el derecho a una modesta indemnización por parte de la Administración.

A nivel estatal, como ya se ha mencionado, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, ha introducido en la Disposición Adicional Decimoséptima del TREBEP, expresamente, que la Administración Pública será responsable de velar por evitar cualquier irregularidad en la contratación temporal de personal laboral y nombramiento de personal funcionario interino.

Esta responsabilidad se configura a través de la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos, pactos, acuerdos y disposiciones reglamentarias cuyo contenido suponga un incumplimiento de los plazos máximos de prestación de servicios por parte del personal temporal. Se trata de una nueva causa de nulidad de los actos administrativos que se suma a las recogidas en el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. Se puede concluir al respecto que se trata de una medida que se limita a seguir las vías generales de los actos administrativos viciados.

En lo estrictamente relativo a los derechos del afectado por la contratación en fraude, la norma establece que *“el incumplimiento del plazo máximo de permanencia dará lugar a una compensación económica para el personal funcionario interino afectado, que será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades”*.

En el plano autonómico, el mismo derecho está recogido en el art. 3 de la ley Foral 19/2022, de 1 de julio, encargada de adaptar la norma estatal citada a la realidad de las Administraciones Públicas de Navarra.

En el siguiente fundamento jurídico se explorará la posibilidad de acudir en estos casos a la normativa general sobre responsabilidad patrimonial del Estado por mal funcionamiento de la Administración Pública, recogida en los arts. 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, aunque es preciso adelantar aquí que la consecuencia prevista en caso de éxito es la misma (una indemnización para el afectado), si bien la cuantía no viene fijada por la ley.

En el otro extremo, la regulación de esta materia en la jurisdicción social pone de manifiesto claramente cuál es la causa que ha motivado a personas afectadas, letrados y organizaciones representantes de los trabajadores a buscar amparo ante esta jurisdicción: una normativa mucho más severa con los responsables incumplidores y que beneficia, en último término, al trabajador.

Así, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su art. 15.3, determina de forma inequívoca que *“se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”*.

Además, y simplemente a modo de comparación ilustrativa, el derecho a indemnización que recoge la normativa administrativa se prevé en la legislación social para el despido (procedente) por causas objetivas (art. 53.1.b) ET). Se trata de un hecho que pone de manifiesto, una vez más, el diferente nivel de protección de los afectados por fraude en ambas jurisdicciones.

Esta situación puede resumirse en la siguiente idea, muy acertada, de Rico Letosa²: *“La normativa es muy rigurosa con el empresario privado y le penaliza severamente cuando éste vulnera la ley. Ser más condescendiente con el empresario incumplidor, cuando éste es una Administración Pública, resulta un agravio comparativo difícilmente comprensible”*.

Así las cosas, las expectativas de los empleados públicos en fraude por abuso de temporalidad y las resoluciones judiciales sobre estos asuntos se debaten entre la fijeza automática de los contratos que incumplen la normativa y la

² Rico Letosa, S. (2023) La flexibilidad de entrada y la flexibilidad interna en la gestión del empleo público laboral. Una revisión de sus instrumentos. Tesis doctoral. Universidad de Zaragoza. <http://zaguan.unizar.es/record/133198>

defensa del derecho de acceso a la función pública según los criterios de igualdad, mérito y capacidad.

b) Los criterios jurisprudenciales de los tribunales españoles

La Sala 4ª del Tribunal Supremo, órgano que marca la tendencia del criterio jurisprudencial español en esta materia, ha oscilado a lo largo de los años entre soluciones dispares a la situación de fraude del personal público temporal. Si bien descarta claramente la posibilidad de convertir automáticamente los contratos fraudulentos en fijos para salvaguardar los derechos de los aspirantes legítimos en el acceso a la función pública, lo cierto es que no ha marcado una línea clara en cuanto al tratamiento de la reclamación de derechos por parte de los empleados públicos afectados.

Así pues, ante las situaciones de fraude, las resoluciones judiciales del TS han ido en diferentes direcciones, incluyendo medidas como requerimientos a las Administraciones para que convoquen procesos selectivos para la provisión definitiva de los puestos ocupados por personal temporal, el reconocimiento del derecho a indemnización a la extinción del contrato o la novación de la prestación de servicios bajo la figura de “personal indefinido no fijo”.

Esta categoría de “personal indefinido no fijo”, a mitad de camino entre el personal temporal y el indefinido, es una creación jurisprudencial de Derecho administrativo que surge con el fin de dar respuesta a la realidad del fraude por abuso de temporalidad por parte de las Administraciones Públicas, sin que tal solución suponga la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad. La figura se consolida con la STS de 7 de octubre de 1996 (rec. 3307/1995), según la cual los empleados públicos en situación de fraude adquieren el derecho a ocupar la plaza hasta que ésta sea ocupada por personal fijo reglamentariamente.

Los juzgados y tribunales contencioso-administrativos, a su vez, al no existir una solución clara a esta problemática, se han limitado hasta el momento y en su gran mayoría a reconocer el abuso y mantener al personal temporal en esa condición, con continuación de la prestación de servicios hasta la cobertura de la plaza en un proceso selectivo legítimo. Algunos de ellos, sin embargo, se han

inclinado en sus resoluciones hacia el reconocimiento del derecho del afectado a una especie de fijeza, entendida como el derecho a permanecer en el puesto de trabajo que desempeña con el mismo régimen de continuidad y estabilidad que un funcionario de carrera, pero sin adquirir tal condición (Sentencia 252/2020, de 8 de junio, del Juzgado Contencioso-Administrativo de Alicante Nº4, rec. 813/2019; y Sentencia 335/2021, de 5 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona Nº 17, rec. 362/2020).

Paralelamente a este tratamiento judicial, algunos Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia (incluidos los navarros) han rechazado la figura del “indefinido no fijo” como solución al problema y han optado en sus resoluciones precisamente por la conversión automática de los contratos fraudulentos en fijos, al considerar que cuando existe fraude en la contratación, ésta encubre la realidad de una relación de carácter laboral, siendo ésta su verdadera naturaleza. El mismo argumento utilizan, como veremos, para justificar la competencia de la jurisdicción social para conocer de las reclamaciones judiciales por fraude por parte de los empleados públicos temporales.

En esta línea se pronuncian, por ejemplo, la Sentencia 504/2021, de 4 de noviembre, del Juzgado de lo Social Nº3 de Pamplona, Sentencia 70/2022, del Juzgado de lo Social Nº1 de Eibar y STSJ Madrid de 17 de febrero de 2021 (rec. 845/2020). No hay que ignorar, sin embargo, que estas sentencias son recurribles en casación y, mientras no estén alineadas con el criterio del Tribunal Supremo o éste cambie, su éxito es muy improbable. Sirva de ejemplo la STS 49/2024, de 11 de enero de 2024, que será analizada más adelante.

c) Los pronunciamientos del TJUE sobre la materia

Analizados los diferentes criterios jurisprudenciales de los Tribunales españoles, parece ser que en el ámbito público no existe la posibilidad de convertir una relación laboral temporal en fija, contrariamente a la solución que se aplica en el ámbito privado, pues ello atentaría contra los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso y permanencia en la función pública. Según el criterio del TJUE, sin embargo, esta conversión automática de los contratos

públicos fraudulentos en fijos no atenta contra la Directiva y es una posibilidad que queda en manos de los Estados Miembros. Esta incertidumbre ha motivado la interposición de varias cuestiones prejudiciales sobre la materia por parte de los tribunales no solo españoles, sino también de otros Estados Miembros.

La respuesta por parte del TJUE a estas cuestiones prejudiciales es clave para decantar la balanza hacia una solución definitiva de los contratos en fraude por abuso de temporalidad. Un ejemplo muy ilustrativo que pone de manifiesto algunas pinceladas de la opinión jurídica del TJUE sobre la materia es el Auto del TJUE de 30 de septiembre de 2020 en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Administrativo de Portugal (C-135-20, asunto CS contra Câmara Municipal de Gondomar), vinculante para todos los Estados Miembros.

En esta resolución, el TJUE afirma lo que ya había expresado anteriormente (STJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17, Martina Sciotto/ Fondazione Teatro dell'Opera di Roma), en el sentido de que la Directiva no obliga a los Estados Miembros a convertir en fijos los contratos temporales en fraude, puesto que se trata de una decisión libre de cada Estado, pero añade que la regulación nacional que prohíbe esta conversión sí es contraria a la Directiva en aquellos casos en los que no se incluye por parte del Estado en cuestión otra medida eficaz para evitar y sancionar el abuso de temporalidad en el sector público. Además, el TJUE matiza que estas medidas no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno.

En España, en la primera mitad del año 2024 se han dictado ya dos resoluciones del TJUE sobre la materia, de especial interés para el asunto objeto de este dictamen. La primera de ellas es la Sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22), que da respuesta a varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Autos de 22 de diciembre de 2021, 21 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022). Estas peticiones tienen por objeto la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE.

En esta resolución, el TJUE expresa una serie de argumentos que arrojan bastante luz sobre la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, que pueden resumirse

en que las medidas contenidas en ella no parecen suficientes ni adecuadas para garantizar el cumplimiento del propósito de la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Así, el TJUE precisa que tanto los empleados públicos (cuando su vinculación laboral con la Administración es temporal), como los trabajadores que han adquirido la condición de “indefinido no fijo”, están englobados en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco.

A partir de esta premisa, interpreta que, aunque la normativa nacional prevea la convocatoria de procesos selectivos que tengan por objeto la cobertura definitiva de las plazas ocupadas por personal temporal, así como los plazos concretos para tal fin, si dicha normativa no garantiza que esos procesos se convoquen efectivamente, no puede considerarse que cumpla con el propósito de evitar la utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales de duración determinada.

Además, el TJUE afirma en esta resolución que ni el pago de una indemnización tasada a los trabajadores afectados por el fraude por abuso de temporalidad cuando se produce la extinción de su contrato, ni las convocatorias de consolidación del empleo temporal previstas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales pueden constituir una medida eficaz y disuasoria a efectos del Acuerdo Marco cuando tales medidas se producen independientemente de cualquier consideración sobre el carácter legítimo o abusivo de la contratación temporal.

Por último, el TJUE determina que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, conforme a la cláusula 5 del Acuerdo Marco, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, la conversión de estos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida. Y añade que *“corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatibles con los objetivos de la Directiva 1999/70/CE y, en particular, de dicha cláusula 5”*.

Esta Sentencia del TJUE ha planteado numerosas dudas relativas a la situación jurídica del personal laboral temporal del sector público. Como consecuencia, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha planteado nueva cuestión prejudicial ante el TJUE (Auto de 30 de mayo de 2024, rec. 5544/2023).

En resumen, solicita respuesta sobre si es conforme al Derecho de la Unión el criterio jurisprudencial que niega la conversión de los contratos temporales en fraude en contratos fijos a quienes no han superado un proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública. De forma subsidiaria, pregunta si el pago a los trabajadores afectados de una indemnización disuasoria superior a la actualmente reconocida sería una medida adecuada y suficiente para cumplir con la Directiva y el Acuerdo Marco en la prevención y sanción de los abusos derivados de la utilización indebida de contratos temporales en el sector público.

Del planteamiento de esta cuestión prejudicial se puede extraer que el Tribunal Supremo español sigue rechazando la aplicación de la Sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2024 e insiste en su postura sobre la creación de la figura del trabajador “indefinido no fijo” como solución al problema del abuso de temporalidad por parte de las Administraciones Públicas.

La segunda resolución reseñable del TJUE sobre esta materia es la Sentencia de 13 de junio de 2024 (asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22), dictada muy recientemente en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº17 de Barcelona (autos de 12 de mayo de 2022 y 6 de mayo de 2022). Esta resolución sigue la misma línea argumental que la de 22 de febrero de 2024, añadiendo que la conversión en fijos de los contratos temporales del sector público que se encuentran en fraude puede constituir una medida efectiva y disuasoria “siempre que no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional”, dejando de nuevo la puerta abierta al argumento que el TS esgrima continuamente al rechazar tal conversión como una opción.

En conclusión, si bien el TJUE, a lo largo de numerosos pronunciamientos (además de los mencionados en este dictamen) expresa un criterio claro según el cual considera insuficientes las medidas adoptadas por el Estado español a través de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, no incluye en sus interpretaciones directrices claras sobre cómo debe España solucionar la situación de los trabajadores afectados, pues considera que los órganos jurisdiccionales nacionales son los competentes y responsables de hacer cumplir eficazmente la normativa europea en la materia. Habrá que esperar, pues, a la respuesta por

parte del TJUE a la cuestión prejudicial planteada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo para obtener más luz sobre este asunto.

TERCERO.- Reclamación de los derechos del empleado público por vía judicial nacional

a) La jurisdicción social como posible vía de reclamación

Se ha mencionado en varias ocasiones a lo largo de este dictamen el papel de la jurisdicción social en la resolución de los asuntos relativos al fraude por abuso de temporalidad en el empleo público, por lo que se considera necesario hacer un análisis sobre la actual posibilidad de reclamar los derechos del trabajador afectado por esta vía.

En efecto, numerosos órganos jurisdiccionales sociales han conocido de estos asuntos en los últimos años y dictado resoluciones muy favorables al trabajador, concediendo en muchas ocasiones la conversión del contrato fraudulento en contrato fijo o, en otras, declarando la condición de “indefinido no fijo” del empleado. En aras de ser concisos, nos remitimos a lo expuesto en el fundamento jurídico segundo, letra b) de este dictamen y nos centramos aquí en el criterio del Tribunal Supremo sobre la competencia de la jurisdicción social al respecto.

Es de vital importancia el pronunciamiento de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo del 11 de enero de 2024 (STS 49/2024) que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la STSJ de Navarra, de 24 de febrero de 2022 (rec.66/2022), interpuesto por el Ayuntamiento de Tudela para determinar si el orden social de la jurisdicción es competente para conocer de la demanda de despido interpuesta por una trabajadora frente a la extinción de su contrato administrativo, al ser inusualmente larga su duración.

La sentencia de origen considera que el orden social es competente para conocer de la pretensión debido a que, según su criterio, la existencia de fraude en la duración del contrato encubre su verdadera naturaleza, siendo ésta de carácter laboral.

El Tribunal Supremo, en esta sentencia breve pero contundente, invoca en sus fundamentos jurídicos el art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social,

que reserva al ámbito de actuación de esta jurisdicción las cuestiones litigiosas promovidas entre empresario y trabajador como consecuencia del contrato de trabajo excluyendo, además, el art.1 del Estatuto de los Trabajadores de su ámbito de aplicación la relación de servicios del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes del sector público.

Argumenta, además, el TS, que no se está impugnando el cauce administrativo utilizado para constituir la relación temporal de la empleada y que es objeto del contrato, sino la situación abusiva que se produjo por su larga duración sin activar ningún mecanismo de cobertura de la plaza, como establece el mandato legal.

Concluye la resolución que *“es evidente que la impugnación de ese contrato administrativo no es competencia del orden social de la jurisdicción”,* independientemente de las consecuencias del abuso que pueda establecer la doctrina y normativa comunitaria, *“de forma que no hay razón alguna para atribuir a esta jurisdicción la competencia en relación con la extinción de contratos administrativos temporales del personal al servicio de una Administración Pública”.* Por lo tanto, *“el alcance que pueda tener esa situación de abuso en la contratación por ser inusualmente larga la duración del contrato administrativo temporal será determinada por la jurisdicción contencioso-administrativa, que deberá aplicar, como viene haciéndolo, las disposiciones normativas y doctrina europea que corresponda, pero no puede acudir a esta jurisdicción para que, bajo parámetros laborales se analice el alcance que la irregularidad denunciada deba tener”.*

Se trata de un criterio que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo viene aplicando en otros supuestos en los que empleados públicos temporales han buscado amparo ante la jurisdicción social para denunciar las irregularidades en su contratación (por ejemplo, STS 70/2022, de 26 de enero y STS 245/2022, de 22 de marzo).

En conclusión, esta resolución reafirma que la puerta de la jurisdicción social está cerrada por parte del Tribunal Supremo para este tipo de pretensiones y, teniendo en cuenta que las resoluciones de los Juzgados de lo Social y de los Tribunales Superiores de Justicia en esta materia son recurribles en casación y que, por tanto, su firmeza es muy improbable en el caso de que se desvíen del

criterio del TS en favor del trabajador, no parece posible ni razonable acudir a esta vía para reclamar los derechos de nuestro cliente en el caso que nos ocupa.

b) La jurisdicción contencioso-administrativa

El cauce, en la jurisdicción contencioso-administrativa, a través del cual se articulan las reclamaciones de los derechos de los empleados públicos cuyos contratos se encuentran en fraude por abuso de temporalidad es el procedimiento abreviado regulado en el art. 78 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En el caso que nos ocupa, hay que tener en cuenta que la relación laboral no está extinguida y, por tanto, no existe un acto administrativo que ponga fin al contrato. El interesado, en este caso, deberá interponer reclamación ante la Administración Pública contratante, solicitando la declaración de fijeza de su relación laboral. La resolución de la Administración, en caso de que deniegue las pretensiones del interesado, será el acto administrativo que se impugnará a través del procedimiento abreviado una vez agotada la vía administrativa.

El procedimiento, por tanto, se iniciará mediante la presentación de recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado competente territorialmente. En virtud del art. 45 de la misma Ley, el escrito deberá acompañarse de la documentación que acredite la representación del compareciente, la legitimación del actor y el acto administrativo que se recurre.

Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo, se presentará escrito de demanda que incluirá la pretensión anulatoria de la resolución impugnada y el reconocimiento de los derechos que en la reclamación solicitase el demandante.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que corresponda será recurrible en apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en el plazo de 15 días siguientes al de su notificación (art. 85 LJCA).

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia, a su vez, será recurrible en casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, siempre que el recurso sea fundado en la infracción de normas de Derecho

estatal o de la Unión Europea que sean relevante para el fallo y que hubieran sido invocadas en el proceso. El plazo legal para preparar el recurso de casación es de 30 días contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre (art. 89 LJCA).

Cabe, además, otra opción en vía contencioso-administrativa, consistente en exigir la responsabilidad patrimonial del Estado por mal funcionamiento de la Administración Pública. Este procedimiento se encuentra regulado en dos normas: los arts. 32 a 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público y en los arts. 91 y 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Sin entrar en detalles, consideramos que esta vía no es la más idónea para reclamar los derechos de nuestro cliente por varias razones. En efecto, se exige la existencia de un acto administrativo que haya ocasionado el daño y lo que pretende este procedimiento es resarcir económicamente el daño causado. Por tanto, puesto que en el caso que nos ocupa no se ha producido la extinción del contrato, no existe un acto administrativo lesivo como tal, sino una contratación que ha devenido fraudulenta debido a su larga duración. Además, aunque la extinción se hubiese producido, la Ley ya establece una indemnización compensatoria para el empleado y, mientras que la indemnización de 20 días de salario por año de servicio recogida en la normativa específica sobre abuso de temporalidad presume el daño soportado por el afectado, en la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración el daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado: conceptos complejos en cuanto a su prueba. Por todo ello, consideramos que esta vía es menos eficaz que el procedimiento abreviado expuesto al inicio de este fundamento jurídico.

CUARTO.- Reclamación de los derechos del empleado público por vía judicial internacional

Hay que tener en cuenta en el plano internacional, como indica el propio TJUE en sus últimas sentencias, que las cláusulas concretas del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada no son, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y suficientemente precisas

para que un particular pueda invocar su aplicación directa ante un tribunal nacional. Sin embargo, el TJUE matiza que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales sí están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible en concordancia con el sentido literal y la finalidad de la Directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue y así atenerse a lo dispuesto en el Art. 288.3 TFUE.

Como consecuencia, sea cual sea el procedimiento interno a través del que se articule la reclamación de derechos del empleado público con contrato en fraude, es de vital importancia fundamentar la pretensión mediante la puesta en relación de la normativa interna, la Directiva y el Acuerdo Marco como normativa comunitaria y el criterio jurisprudencial del TJUE, expresado en las resoluciones a las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles. El propósito de esta fundamentación es sentar unas bases sólidas en la argumentación jurídica que sirvan para apoyar la pretensión en el plano europeo en el caso de que se interponga algún recurso ante el TJUE.

En el plano internacional y, en concreto, el europeo, existen diferentes vías para garantizar la protección del cumplimiento de la legislación comunitaria por parte de las Instituciones de la UE y de los Estados Miembros. La que a priori parece la más lógica para resolver la situación jurídica de nuestro cliente y que, por tanto, vamos a explorar en este dictamen, es el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, partícipe directo en los debates y vaivenes jurídicos actuales sobre el fraude por abuso de temporalidad en los contratos de los empleados públicos españoles.

a) El recurso por incumplimiento ante el TJUE

El recurso por incumplimiento ante el TJUE es un mecanismo creado para controlar el respeto, por parte de los Estados Miembros, de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión Europea.

Este recurso, regulado en los arts. 258 a 260 del TFUE, puede ser interpuesto por la Comisión Europea o por otro Estado Miembro, que deberá someter el asunto previamente a la Comisión. Por lo tanto, la forma de que el procedimiento

se inicie por parte de un particular es que éste interponga una queja ante la Comisión.

En el caso que nos ocupa, esta queja estaría fundamentada en el incumplimiento por parte del Estado español de la obligación de transposición de la Directiva 1999/70/CE, así como de las indicaciones que realiza el TJUE a lo largo de sus pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, previamente analizados en este dictamen.

La Comisión, una vez presentada la queja, seguirá el procedimiento previsto, cuyos pasos están detalladamente explicados en su página web oficial³ y cuyo propósito, en resumen, es decidir si cabe o no iniciar un procedimiento formal por infracción contra España. En caso afirmativo, instará el recurso por incumplimiento ante el TJUE.

Éste, a su vez, si condena a España por incumplimiento del Derecho de la Unión, obligará al Estado español a adoptar las medidas necesarias para ponerle fin y, en caso de que la Comisión estime que no las ha llevado a cabo, podrá someter el asunto de nuevo al TJUE con el propósito de imponer a España una sanción pecuniaria, cuya base jurídica será ya el incumplimiento de la sentencia condenatoria del TJUE.

b) La cuestión prejudicial a instancia del interesado

Otra vía por la cual los particulares pueden llevar un asunto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en caso de que sean parte de un proceso judicial interno, es sugerir al tribunal nacional que presente una cuestión prejudicial.

No obstante, esta vía tiene limitaciones ya que, siempre y cuando la decisión del tribunal nacional en cuestión sea susceptible de posterior recurso, la solicitud de las partes en el proceso no es vinculante y, por lo tanto, éste no estará obligado a presentar la cuestión prejudicial.

³Enlace de acceso a la descripción del procedimiento: https://commission.europa.eu/about-european-commission/contact/problems-and-complaints/complaints-about-breaches-eu-law-member-states/how-make-complaint-eu-level_es

QUINTO.- Vías alternativas de resolución de conflictos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa

En materia de Derecho administrativo, si bien la lentitud actual de los órganos judiciales contencioso-administrativos sería un buen motivo para la introducción de vías de solución de conflictos complementarias a la judicial y que puedan ser útiles para resolver las diferencias entre las partes, como apoyan numerosos autores, lo cierto es que la normativa actual al respecto es sumamente escasa y los mecanismos previstos en ella no han sido desarrollados de cara a la práctica.

Así pues, el art. 77 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contempla la posibilidad de que, en los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, podrá someter a consideración de las partes *“la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción”*.

A su vez, el art. 112.2 de la actual Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que *“las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje...”*.

En la realidad, aunque el Consejo General del Poder Judicial creó un “Protocolo de Mediación Contencioso-Administrativa”, esta vía está siendo muy poco (o nada) usada todavía para resolver los conflictos en los que una de las partes es una Administración Pública.

En el caso que nos ocupa, dada la complejidad de la materia del fraude por abuso de temporalidad en la contratación de empleados públicos temporales que se está reflejando en las resoluciones de los tribunales y los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo y el TJUE, que todavía no están alineados en cuanto al modo de cumplir con la Directiva 1999/70/CE, consideramos que las técnicas alternativas de resolución de conflictos no pueden ser de mucha utilidad como podrían, por ejemplo, si se tratase de una materia con una regulación estable y clara.

CONCLUSIONES

Para finalizar este dictamen, creemos oportuno hacer un resumen a modo de conclusiones del análisis realizado a lo largo de las páginas anteriores y responder de una forma menos técnica y más directa a las cuestiones planteadas para facilitar su comprensión por parte del cliente, para lo cual procedemos a recordarlas.

1) “¿Es conforme a la normativa vigente la sucesión de estos contratos temporales y sus correspondientes prórrogas por parte del Servicio Navarro de Salud?”

La respuesta a la primera pregunta es claramente negativa. Puede considerarse que no es conforme a la normativa vigente el contrato de empleo temporal celebrado con el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea en modalidad de contrato administrativo estructural de otras necesidades en el Servicio Navarro de Salud por varios motivos.

En primer lugar, la plaza ha estado ocupada por un tiempo superior a 6 años, por lo que la Administración está incumpliendo la duración máxima de 3 años fijada en el art. 29.1.e) de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, reguladora del régimen específico del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

En segundo lugar, la Administración contratante tampoco ha dado cumplimiento al mandato recogido en la Ley Foral 19/2022, de 1 de julio, de medidas para la realización de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, en las Administraciones Públicas de Navarra, pues no ha publicado la convocatoria para la cobertura y estabilización de la plaza vacante antes del 31 de diciembre de 2022 como establece el art. 6 de la citada norma.

En suma, existe fraude por abuso de temporalidad debido a la excesiva duración del contrato, con lo cual el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea no cumple con la legalidad vigente.

2) “En caso contrario, ¿cómo puedo defender mis derechos y qué podría conseguir?”

La respuesta a esta segunda pregunta es más compleja debido a la inestabilidad de esta materia jurídica en el plano normativo y jurisprudencial tanto nacional como europeo. Parece claro que la mejor vía para reclamar los derechos derivados de la existencia de fraude por abuso de temporalidad, en estos momentos, es la vía judicial del litigio.

Además, según el estudio previo de los criterios jurisprudenciales y de la dinámica de las últimas resoluciones judiciales en la materia, parece ser que lo máximo que en estos momentos se puede conseguir es la declaración de la prestación de servicios como “indefinida no fija”, sin que en ningún caso se adquiriera la condición de funcionario de carrera, lo que simplemente asegura el derecho del trabajador a permanecer en la plaza objeto del contrato hasta que se produzca la cobertura definitiva de la misma por quien supere con éxito los procesos de acceso a la función pública.

Teniendo en cuenta que no se ha producido la estabilización de la plaza ni la extinción del contrato por parte de la Administración, no es posible acceder en esta situación a la indemnización de 20 días por año de servicio que recoge el art. 3 de la ley Foral 19/2022, de 1 de julio.

En el plano europeo, en el supuesto de presentar una queja ante la Comisión para que inste un recurso por incumplimiento contra España, el resultado más favorable al que se puede optar es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea requiera del Estado español la adopción de las medidas necesarias para dar cumplimiento a la normativa europea en materia de empleo público temporal o le imponga una multa económica ante su inactividad posterior.

Sin embargo, esta supuesta resolución favorable a nuestras pretensiones no sería ni inmediata ni directa para el caso que nos ocupa (solo la fase de estudio de la denuncia por parte de la Comisión puede durar más de 12 meses), puesto que habría que esperar a que el poder legislativo español ponga solución a la situación actual, o bien a que el Tribunal Supremo cambie de criterio. Un cambio que, de producirse, no es previsible que lo haga hacia la conversión en fijos de los contratos en fraude, sino hacia otras medidas como, por ejemplo, un aumento

de la indemnización prevista, como claramente expresa la última cuestión prejudicial planteada por el TS ante el TJUE.

3) “De entre las posibles vías de reclamación, ¿cuál es la que más me interesa teniendo en cuenta mi situación?”

Desde el punto de vista técnico-jurídico, para que la declaración de la condición de “indefinido no fijo” del trabajador (como mejor resultado susceptible de ser obtenido en estos momentos) tenga probabilidades de prosperar, la opción más viable es seguir el camino judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Siempre y cuando no se produzca la extinción del contrato o se publicase convocatoria del proceso para la estabilización de la plaza mediante su cobertura definitiva (en cuyo caso las pretensiones de las acciones judiciales cambiarían), los pasos a seguir a nivel procesal serían los siguientes:

- Interponer reclamación ante el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea solicitando la declaración de la prestación de servicios como “fija” y, subsidiariamente, como “indefinida no fija” (ello con la esperanza de que el criterio del Tribunal Supremo cambie durante el proceso, aunque no parezca probable).
- Ante la negativa o la falta de respuesta por parte de la Administración, presentar recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona que por turno corresponda para iniciar proceso abreviado solicitando la anulación de la resolución administrativa desfavorable.
- Si la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo desestima nuestras pretensiones, presentar recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.
- En caso de que esta sentencia también sea desfavorable, presentar recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Si se produjese, antes del inicio del procedimiento por nuestra parte, la extinción de la prestación de servicios, en estas pretensiones tendríamos que incluir también la reclamación de la indemnización correspondiente y la solicitud de

medida cautelar para que se suspenda la extinción del contrato y una eventual convocatoria de estabilización de la plaza mientras dure el proceso judicial.

No obstante, es interesante valorar en este caso una segunda opción, que recomendamos según nuestro criterio jurídico-técnico: no iniciar todavía ningún procedimiento administrativo o judicial.

Es clave no perder de vista en este contexto los movimientos que se están produciendo tanto en el ordenamiento jurídico nacional, no solo por parte del Tribunal Supremo sino también de otros juzgados y tribunales más “generosos” con los derechos de los empleados temporales en fraude, así como en el plano europeo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia.

En este aspecto, atendiendo a la última cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en mayo de este año, se puede entrever la posibilidad de que España adopte medidas más favorables para los trabajadores respecto de las ya existentes. En efecto, se ha planteado por el TS la posibilidad de aumentar la indemnización compensatoria por la extinción del contrato en fraude de estos empleados. Indemnización que, mientras no se produzca la extinción del contrato objeto de este dictamen, seguirá aumentando proporcionalmente al aumento de la duración del mismo, incluso aunque el TS no mejore las condiciones actuales, puesto que la Ley vigente fija una indemnización que se calcula por año trabajado.

Así las cosas y, puesto que una posible extinción del contrato no afecta a la posibilidad de reclamar la conversión a indefinido no fijo u otros derechos que puedan reconocerse en el futuro para estos casos, es conveniente esperar al pronunciamiento del TJUE sobre esta cuestión prejudicial.

Emito este dictamen, que someto a cualquier otro mejor fundando en Derecho en Zaragoza, a 30 de junio de 2024.

BIBLIOGRAFÍA

GIFREU FONT, J. (2022). La estrategia de reducción de la temporalidad en el empleo público en la Ley 20/2021: ¿un bálsamo de fierabrás para erradicar definitivamente las relaciones de interinidad de larga duración o una solución provisional para salir del paso? *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 77-99. <https://doi.org/10.24965/reala.11117>

RICO LETOSA, S. (2023) La flexibilidad de entrada y la flexibilidad interna en la gestión del empleo público laboral. Una revisión de sus instrumentos. Tesis doctoral. Universidad de Zaragoza. <http://zaguan.unizar.es/record/133198>

DOCUMENTACIÓN

Resoluciones nacionales

Sentencia de 7 de octubre de 1996, del Tribunal Supremo, rec. 3307/1995 (ECLI:ES:TS:1996:5360)

Sentencia 252/2020, de 8 de junio de 2020, del Juzgado Contencioso-Administrativo de Alicante Nº4, rec. 813/2019 (ECLI:ES:JCA:2020:1352)

Sentencia 335/2021, de 5 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona Nº 17, rec. 362/2020 (ECLI:ES:JCA:2021:3142)

Sentencia 504/2021, de 24 de noviembre, del Juzgado de lo Social Nº3 de Pamplona, rec. 294/2021 (ECLI:ES:JSO:2021:3164)

Sentencia 70/2022, de 13 de mayo de 2022, del Juzgado de lo Social Nº1 de Eibar, rec. 109/2022 (ECLI:ES:JSO:2022:1122)

Sentencia 145/2021, de 17 de febrero de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, rec. 845/2020 (ECLI:ES:TSJM:2021:1615)

Sentencia 49/2024, de 11 de enero de 2024, del Tribunal Supremo, rec. 1673/2022 (ECLI:ES:TS:2024:83)

Auto de 22 de diciembre de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, rec. 830/2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:563^a)

Auto de 21 de diciembre de 2021, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, rec. 753/2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:554^a)

Auto de 3 de febrero de 2022, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, rec. 797/2021 (ECLI:ES:TSJM:2022:48^a)

Auto de 30 de mayo de 2024, del Tribunal Supremo, rec. 5544/2023 (ECLI:ES:TS:2024:6188^a)

Auto de 12 de mayo de 2022, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N^o17 de Barcelona, rec. 63/2021 (ECLI:ES:JCA:2022:96^a)

Auto de 6 de mayo de 2022, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N^o17 de Barcelona, rec. 257/2020 (ECLI:ES:JCA:2022:95^a)

Sentencia 68/2022, de 24 de febrero de 2022, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, rec.66/2022 (ECLI:ES:TSJNA:2022:69)

Sentencia 70/2022, de 26 de enero de 2022, del Tribunal Supremo, rec. 2346/2019 (ECLI:ES:TS:2022:416)

Resoluciones internacionales

Auto de 30 de septiembre de 2020, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-135-20, CS contra Câmara Municipal de Gondomar

Sentencia de 25 de octubre de 2018, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-331/17, Martina Sciotto contra Fondazione Teatro dell'Opera di Roma

Sentencia de 22 de febrero de 2024, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22

Sentencia de 13 de junio de 2024, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22