



Roj: **ATSJ M 48/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:48A**

Id Cendoj: **28079340022022200002**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **03/02/2022**

Nº de Recurso: **797/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social** Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27, Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34007980

**NIG:** 28.079.00.4-2020/0045023

**Procedimiento Recurso de Suplicación 797/2021 Secc. 2**

**ORIGEN:** Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid Procedimiento Ordinario 1148/2020 **Materia:** Materias laborales individuales

**RECURRENTE:** D./Dña. Custodia

**RECURRIDO:** AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

**Ilmos/as. Sres/as.**

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. Mª LUISA GIL MEANA

**D./Dña. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

En Madrid, a **3/2/2022**, habiendo visto las presentes actuaciones esta Sección de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado el siguiente

**AUTO**

En el Recurso de Suplicación núm. 797 de 2.021, Secc 2, interpuesto por el letrado D. Jesús Baró Corrales en nombre y representación de Dª Custodia contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº 21 de MADRID (Autos:1148/2020) de fecha 19 de abril del 2021, en demanda promovida por Dª Custodia contra AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID, sobre RECONOCIMIENTO DE DERECHO, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL ANTONIO LÓPEZ PARADA.

**ANTECEDENTES**



**PRIMERO.-** D<sup>a</sup> Custodia presentó el 14 de octubre de 2020 demanda de reconocimiento de derecho contra la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid en cuyo suplico pedía una sentencia en la que se declarase que el contrato laboral de la demandante con la demandada tiene carácter indefinido y con una antigüedad del 29 de noviembre de 2010, o subsidiariamente indefinido no fijo. El fundamento de la demanda es que D<sup>a</sup> Custodia viene prestando para la demandada servicios mediante contratos temporales desde el 21 de diciembre de 1998 y sin solución de continuidad desde el 29 de noviembre de 2010, siempre con la misma categoría de educadora y realizando las mismas funciones laborales para la entidad demandada. Enumera los contratos que ha tenido, todos ellos de interinidad, siendo el actual de interinidad por vacante, habiendo sido contratada con este último el 1 de agosto de 2016. Sostiene la trabajadora que el contrato actual se encuentra en fraude de Ley por cuanto se ha superado el plazo máximo de vigencia del mismo, ya que desde el año 2000 la entidad empleadora no habría aprobado ninguna oferta de empleo público ni convocado ninguna vacante, por lo que se incumple el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público, que obliga a cubrir la plaza en el máximo de tres años. Cita en apoyo de su pretensión, además de normativa y jurisprudencia española, la Directiva 1999/70/CE y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Señala que previamente había interpuesto demanda solicitando fijeza y que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid había desestimado la misma en base a que en aquel momento el contrato de interinidad por vacante no había superado el máximo de tres años. En definitiva sostiene que la relación laboral ha de ser calificada como una relación laboral indefinida, teniendo en cuenta los servicios prestados sin solución de continuidad desde el 29 de noviembre de 2010, en aplicación de la teoría de la unidad esencial del vínculo contractual o, en caso de no estimarse esta petición, debería subsidiariamente reconocerse el carácter de la relación laboral como indefinida no fija, con la señalada antigüedad.

**SEGUNDO.-** La demanda fue turnada al Juzgado de lo Social número 21 de Madrid, tramitándose bajo el número de autos 1148/2020, siendo desestimada por sentencia de 19 de abril de 2021.

En esa sentencia se declaran como hechos probados que D<sup>a</sup> Custodia presta servicios para la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, como titulado medio (educadora), habiendo tenido los siguientes contratos de trabajo:

1. Contrato interino por suplencias vacaciones de Navidad, suscrito el 21.12.98, que finalizó el 31.12.98.
2. Contrato interino por suplencia vacaciones de Navidad, suscrito el 01.01.99, que finalizó el 10.01.99.
3. Contrato interino para sustituir a una trabajadora en incapacidad temporal, de fecha 25.03.99, que finalizó el 03.05.99.
4. Contrato interino para sustituir a una trabajadora en incapacidad temporal, de fecha 29.11.10, que finalizó el 28.12.10.
5. Contrato temporal de interino para sustituir a una trabajadora con licencia sin sueldo, de fecha 04.02.11, que finalizó el 02.10.11.
6. Contrato temporal de interino para sustituir a una trabajadora con licencia sin sueldo, de fecha 20.10.11, que finalizó el 04.01.12.
7. Contrato temporal de interino para sustituir a una trabajadora con licencia sin sueldo, de fecha 18.02.12 que finalizó el 31.07.16. por renuncia voluntaria de la trabajadora
8. Contrato de interino a jornada completa para la cobertura de la vacante NUM000 vinculada a la cobertura en el primer concurso traslado que se convoque, con fecha 31.07.16.

Igualmente se declara probado que la trabajadora presentó anteriormente demanda en reclamación del reconocimiento de la condición de indefinido no fijo por fraude en la contratación temporal, dictándose sentencia nº 454/2019 de 26 de abril por la Sección 1<sup>a</sup> de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimaba finalmente la demanda porque, dejando aparte los contratos de 1998 y 1999, tras los cuales hubo una interrupción de muchos años, los cinco contratos que ha tenido la trabajadora desde 2010, incluyendo el actual, tienen una causa válida de temporalidad y en relación con el último contrato de interinidad por vacante, "a la fecha del enjuiciamiento han transcurrido dos años desde su celebración sin haberse superado el plazo de tres años que establece el art. 70.1 del EBEP".

Sobre estos hechos probados la sentencia del Juzgado de lo Social desestima la demanda con fundamento en que:

- a) La legalidad de los cuatro primeros contratos suscritos con la trabajadora desde 2010 ya ha sido declarada por sentencia firme, siendo por ello cosa juzgada.



b) Por tanto lo único que ha de decidirse es si contrato de trabajo, actual, de interinidad por vacante, de fecha 01/08/2016, incurre en fraude de ley por haberse mantenido la contratación más allá del plazo de tres años, lo que viene a negar con base en la doctrina que en aquel momento venía aplicado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, según la cual el contrato de interinidad por vacante no estaba sujeto a ningún plazo concreto de duración máxima, sin que fuera aplicable el plazo de tres años fijado en el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público para ejecutar las ofertas públicas de empleo (con cita de la sentencia nº 322/2019 de 24 de abril, del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo).

**TERCERO.-** La sentencia del Juzgado de lo Social ha sido recurrida en suplicación ante esta Sala por el letrado D. Jesús Baró Corrales, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup> Custodia . El indicado recurso se fundamenta en primer lugar en la vulneración del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiéndose aplicada indebidamente la cosa juzgada respecto a los cuatro primeros contratos, dado que la misma no podía afectar al último contrato suscrito en julio de 2016, porque la desestimación de la pretensión por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se debió a que en aquel momento no había superado la duración máxima de tres años, pero precisamente al entablar la segunda demanda ya se había superado la misma, lo que constituye un hecho nuevo y distinto no resuelto en la sentencia anterior. Sentado esto afirma que la sentencia recurrida vulnera el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público, artículos 4.1, 4.2.b y 8.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, en relación con la cláusula 5 del Acuerdo Marco incorporado como anexo a la Directiva 1999/70/CE, así como la Jurisprudencia contenida entre otras en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2017. Sostiene aquí la parte la aplicabilidad del plazo máximo de tres años de la duración de la interinidad por vacante en base al artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público, sin que la Administración haya aprobado ninguna oferta pública de empleo ni realizado ninguna convocatoria de la plaza, lo que demuestra la actitud pasiva de la Administración para cubrir definitivamente la plaza. Dice igualmente que la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 14 de septiembre de 2016, en el asunto Pérez López ha considerado que la observancia de la cláusula 5 punto 1 letra a) del Acuerdo Marco requiere "que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales y no para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal" y que en este caso la duración de los contratos revela una necesidad permanente. Finalmente, para justificar su pretensión principal (el carácter indefinido de la relación laboral) cita igualmente la cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020 en los asuntos acumulados C-103/18, Sánchez Ruiz y C-429/18 Fernández Álvarez y otras/ Servicio madrileño de Salud (SERMAS). Y dice que para disuadir a la Administración de volver a cometer estos hechos habría que establecer una indemnización que fuera lo suficientemente eficaz y disuasoria, y que además protegiera debidamente al empleado público, que alcanzaría una cifra tan elevada que difícilmente podría ser satisfecha por la Administración, y por lo tanto, la única solución que cumple con las condiciones que establece la Justicia europea es la declaración de la relación como indefinida. Subsidiariamente pide la declaración de la relación laboral como indefinida no fija.

El recurso fue impugnado por la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, que recuerda que la sentencia de instancia no ha aplicado el efecto de cosa juzgada al último contrato de 2016, sino solamente a los anteriores, por lo que ha entrado a resolver sobre el fondo jurídico laboral de ese último contrato, si bien ha desestimado que haya dejado de ser temporal porque, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el plazo de tres años del artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público no es aplicable como límite de duración máxima de los contratos de interinidad por vacante.

**CUARTO.-** Considerando que para resolver el recurso es preciso aplicar una norma del Derecho de la Unión Europea, en concreto la cláusula quinta del acuerdo anexo 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 y tomando en consideración que, de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede pronunciarse, con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden pedir, mediante cuestión prejudicial, al Tribunal que se pronuncie en tal sentido, si estiman necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo, esta Sala, conforme al artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acordó suspender la tramitación del procedimiento y dar audiencia a las partes para que en el plazo común e improrrogable de diez días alegasen lo que a su derecho conviniera sobre la pertinencia de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ambas partes han formulado alegaciones.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS



**PRIMERO.**- El artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Tratado y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

El artículo 4 bis, número 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice que "cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes".

**SEGUNDO.**- En el presente supuesto:

a) No es preciso aplicar el Derecho de la Unión para resolver el primer motivo de recurso. La recurrente sostiene en el mismo que en la sentencia de instancia se ha aplicado indebidamente el efecto de cosa juzgada para desestimar la demanda, cuando entre la sentencia de esta Sala del año 2019 y la situación ahora enjuiciada existiría un hecho nuevo y sustancial y es que entonces no había pasado el plazo máximo de tres años de duración del contrato de 2016 (motivo por el cual se desestimó) y ahora ese plazo sí ha transcurrido. Sin embargo dicha alegación carece de todo fundamento, porque la sentencia de instancia aplica el efecto positivo de cosa juzgada solamente a los cuatro primeros contratos posteriores a 2010, no al último celebrado en 2016, sobre el cual, precisamente, centra el núcleo del litigio que entra a resolver con fundamentación de fondo jurídico. Por tanto esa infracción denunciada en el recurso no se ha producido. Por lo demás la recurrente admite la aplicación de la cosa juzgada a los cuatro primeros contratos, por lo que el litigio en suplicación queda centrado única y exclusivamente en el último contrato, celebrado en 2016.

b) La aplicación del Derecho de la Unión es clara en relación con la existencia de una vulneración de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo según el cual el contrato de interinidad por vacante no tenía fijado por la legislación una duración máxima de tres años, que fundamenta la desestimación de esa pretensión por el Juzgado de lo Social, ha sido modificada con posterioridad para decir lo contrario, esto es, que el contrato de interinidad por vacante tiene un plazo máximo de duración de tres años. Ese criterio, establecido en la sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de junio 2021, RCU 3263/2019, se establece para dar cumplimiento a la cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE en la interpretación de la misma dada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021 en el asunto C- 726/19. Esa primera sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha sido seguida de numerosísimas sentencias posteriores y en virtud del criterio jurisprudencial ahora vigente el plazo máximo aplicable al contrato de interinidad por vacante es de tres años, por lo que en este caso se ha superado con meridiana claridad.

c) No es preciso tampoco aplicar el Derecho de la Unión para estimar la pretensión subsidiaria de la demanda, declarando a la trabajadora indefinida no fija, que es la consecuencia de la vulneración de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE en el caso de contrataciones realizadas por las Administraciones Públicas, conforme a la misma jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 28 de junio 2021, RCU 3263/2019.

d) Sin embargo lo que sí afecta al Derecho de la Unión es lo relativo a la pretensión principal relativa a la fijeza, a la condición de indefinida sin matices (no de indefinida no fija), puesto que se sostiene la recurrente que tal declaración es la que procede, aplicando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación de la cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE, por no existir en el Derecho español una sanción suficientemente disuasoria que impida a las Administraciones el uso de contratos temporales encadenados o prorrogados por periodos excesivos.

Por consiguiente se plantea en el debate procesal del recurso de suplicación una cuestión que exige determinar la correcta interpretación para su aplicación al caso de la cláusula quinta del acuerdo anexo 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 y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en aplicación de dicha norma, cuestión que resulta determinante para decidir si el recurso de la trabajadora ha de ser estimado plenamente, declarando su fijeza, o solamente en la pretensión subsidiaria, declarando a la misma como indefinida no fija. Debemos subrayar que la cuestión se centra única y exclusivamente en el contrato del año 2016, que se prolonga hasta la fecha del juicio de instancia cuando menos, excediendo de los tres años de duración máxima fijados ahora por la jurisprudencia, por lo que hay que hacer total abstracción de los contratos anteriores (salvo a efectos de su eventual cómputo a efectos de antigüedad) y del eventual encadenamiento contractual que impliquen, puesto que la parte recurrente admite tácitamente que la valoración de los mismos ha quedado cubierta por el efecto positivo de la cosa juzgada.



Sin embargo en su escrito de alegaciones previas sobre el eventual planteamiento de la cuestión prejudicial el Letrado de la Comunidad Autónoma que representa y defiende a la parte demandada alega que no debe plantearse la cuestión prejudicial sometida a consideración por la Sala esencialmente porque la sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C- 726/2019) ya habría dado respuesta a la misma, al decir que la declaración de la relación laboral como indefinida no fija "podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco".

En su escrito de alegaciones la trabajadora recurrente se muestra favorable al planteamiento de la cuestión prejudicial.

**TERCERO.-** Debemos resolver el motivo de oposición a la procedencia de plantear la cuestión prejudicial elevado por el Letrado de la Comunidad Autónoma. Hay que recordar que el artículo 267 TFUE contempla la posibilidad de elevar cuestiones prejudiciales ante el TJUE para que éste se pronuncie "sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión" y que el propio Tribunal de Justicia es una institución de la Unión Europea (se encuentra entre las instituciones que regula el capítulo 1 del Título I de la Sexta Parte del TFUE) y sus sentencias, con el valor cuasi normativo que pueden llegar a tener cuando resuelven cuestiones prejudiciales, son también actos adoptados por una de esas instituciones, que por tanto pueden ser objeto a su vez de cuestiones prejudiciales. El Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia ofrece en el artículo 158 un cauce específico, distinto a las cuestiones prejudiciales, para la interpretación por el propio TJUE de sus sentencias y autos, pero el mismo no es aplicable a las sentencias dictadas en las cuestiones prejudiciales (artículo 104.1), para las cuales existe una previsión específica en el artículo 104.2:

*"Corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si la decisión prejudicial les ofrece información suficiente o si les parece necesario someter al Tribunal una nueva petición de decisión prejudicial".*

De ahí que la existencia de una previa sentencia del TJUE no impida en modo alguno el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial, si bien esa posibilidad debe por supuesto aplicarse con criterios racionales y lógicos por el órgano judicial nacional.

En este caso no existe un acto claro en base a la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19, IMIDRA). Efectivamente se dice en ésta expresamente, en el apartado 85, que la consideración de "indefinido no fijo" es suficiente para "resarcir al trabajador temporal que ha visto prolongada la temporalidad abusivamente". Ocurre sin embargo que la lectura de la propia sentencia suscita dudas sobre si el TJUE había recibido una explicación suficiente sobre el concepto de trabajador "indefinido no fijo" o, por el contrario, estaba identificándolo con un trabajador fijo al no establecer claramente la diferencia entre ambas figuras, llevado a la confusión por el ambiguo nombre de la figura creada por la jurisprudencia española. En ese sentido cabe recordar que el propio TJUE había considerado previamente que un trabajador indefinido no fijo, pese a su confuso nombre, es en realidad un trabajador temporal ( auto de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14, León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega), criterio que también mantiene la Sala Cuarta del Tribunal Supremo español (por ejemplo, sentencia de 2 de abril de 2018, casación nº 27/2017, en la que aplica la prohibición de discriminación entre trabajadores temporales y fijos derivada de la cláusula cuarta del anexo a la Directiva 1999/70/CE a la comparación entre los derechos laborales de indefinidos no fijos y fijos). Por ello la conclusión obtenida en la sentencia de 3 de junio de 2021 en el asunto IMIDRA sería contradictoria con la previamente establecida por el propio TJUE, que después analizaremos, cuando concluye que debe reconocerse la condición de trabajador indefinido, esto es, fijo (no de trabajador temporal de una u otra modalidad) a aquel respecto al cual se han incumplido las normas sobre limitación al encadenamiento de contratos temporales, salvo que en la legislación nacional se prevean otras consecuencias distintas, siempre que éstas cumplan unos requisitos mínimos, cuestión sobre la que también volveremos al fundamentar la cuestión prejudicial. Por tanto, a pesar de dicha sentencia, la Sala considera que no estamos ante un acto claro, sino que la sentencia IMIDRA ha venido a añadir elementos de confusión y que por tanto existen menos motivos para solicitar un segundo pronunciamiento del TJUE en relación con este concreto punto.

En todo caso y finalmente, si el Tribunal de Justicia coincidiese con el Letrado de la Comunidad Autónoma en la consideración de que dicha cuestión ya está resuelta y constituye un acto claro, el artículo 99 de su Reglamento de Procedimiento permite al mismo resolver mediante auto motivado "cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable".

**CUARTO.-** En conclusión, es necesario resolver con carácter previo, para dictar sentencia en el presente procedimiento, determinadas cuestiones interpretativas de normas del Derecho de la Unión Europea. La providencia dictada por la Sala fijó con carácter preliminar una serie de cuestiones que entendía que debían



plantearse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las sometió a las alegaciones de las partes. Obviamente la providencia que pide alegaciones a las partes sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial contiene un listado de preguntas que ha de considerarse provisorio, a la espera de la alegaciones de las partes, puesto que el trámite de alegaciones no es una mera formalidad, sino que es un trámite útil, en el que las partes plantean alegaciones y en virtud de las mismas la Sala puede, frente a su primera idea, considerar que no es preciso plantear la cuestión prejudicial o, de ser precisa, que la formulación de las concretas cuestiones debe ser diferente a la inicialmente propuesta. Este órgano judicial tiene la facultad de plantear la cuestión prejudicial y es plenamente competente para fijar su contenido en la medida en que entienda que las respuestas a las cuestiones que plantee son necesarias para dictar su propia resolución.

A la vista de todo lo cual,

### LA SALA ACUERDA

Suspender la tramitación del recurso de suplicación número 797/2021 para elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

1. Contrato interino por suplencias vacaciones de Navidad, suscrito el 21.12.98, que finalizó el 31.12.98.
2. Contrato interino por suplencia vacaciones de Navidad, suscrito el 01.01.99, que finalizó el 10.01.99.
3. Contrato interino para sustituir a una trabajadora en incapacidad temporal, de fecha 25.03.99, que finalizó el 03.05.99.
4. Contrato interino para sustituir a una trabajadora en incapacidad temporal, de fecha 29.11.10, que finalizó el 28.12.10.
5. Contrato temporal de interino para sustituir a una trabajadora con licencia sin sueldo, de fecha 04.02.11, que finalizó el 02.10.11.
6. Contrato temporal de interino para sustituir a una trabajadora con licencia sin sueldo, de fecha 20.10.11, que finalizó el 04.01.12.
7. Contrato temporal de interino para sustituir a una trabajadora con licencia sin sueldo, de fecha 18.02.12 que finalizó el 31.07.16. por renuncia voluntaria de la trabajadora
8. Contrato de interino a jornada completa para la cobertura de la vacante NUM000 vinculada a la cobertura en el primer concurso traslado que se convoque, con fecha 31.07.16.

D<sup>a</sup> Custodia presentó el 14 de octubre de 2020 demanda de reconocimiento de derecho contra la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid en cuyo suplico pedía una sentencia en la que se declarase que el contrato laboral de la demandante con la demandada tiene carácter indefinido o subsidiariamente indefinido no fijo. La demanda fue turnada al Juzgado de lo Social número 21 de Madrid, tramitándose bajo el número de autos 1148/2020, siendo desestimada por sentencia de 19 de abril de 2021.

La sentencia del Juzgado de lo Social ha sido recurrida en suplicación ante esta Sala por el letrado D. Jesús Baró Corrales, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup> Custodia .

Tal y como se plantea el recurso el mismo debe ser estimado en cuanto a que la Administración demandada ha llevado a cabo un uso abusivo de la contratación temporal debido a que el último contrato de 31 de julio de 2016, en la modalidad de interinidad para la cobertura de una vacante hasta su cobertura reglamentaria, ha excedido del plazo máximo de duración de tres años, que es el límite máximo que ha fijado para estos contratos la jurisprudencia a partir de la sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de junio 2021, RCU 3263/2019, dictada a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021 en el asunto C- 726/19. La conclusión es que la Administración, al ir renovando tácitamente el contrato de la trabajadora por no convocar la plaza año tras año, superando el periodo máximo de duración establecido por la jurisprudencia (tres años), ha realizado un uso abusivo de la contratación temporal que vulnera la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE.

*Sin embargo queda por resolver una cuestión de extraordinaria importancia y es si la consecuencia de la vulneración de dicha disposición ha de ser la consideración de la trabajadora como fija o como **indefinida no fija** y es en este punto en el que se suscita la duda sobre la interpretación del Derecho de la Unión que da lugar a esta cuestión prejudicial.* El planteamiento exige aclarar el marco jurídico aplicable del Derecho interno, explicando con detalle el concepto de trabajador indefinido no fijo, su origen, la doctrina judicial y la regulación normativa.

### II. MARCO JURÍDICO.



## A) NORMATIVA Y DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA.

### LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD EN EL ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS Y DE MÉRITO, CAPACIDAD Y PUBLICIDAD: SU INAPLICABILIDAD AL PERSONAL LABORAL.

El artículo 23.2 de la Constitución Española regula, como derecho fundamental del máximo nivel, que los ciudadanos "tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes". Ese artículo se complementa con el artículo 103.3, que dice que "la ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad".

El Tribunal Constitucional español ha declarado que el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución no solamente incluye los cargos políticos o representativos, sino también los puestos de funcionarios públicos. En relación con los funcionarios públicos el artículo 23.2 debe interpretarse conjuntamente con el artículo 103.3, de que el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas implica que dicho acceso ha de resolverse de manera competitiva, por un procedimiento llevado a cabo con publicidad al que puedan concurrir libremente los ciudadanos que lo deseen y cumplan los requisitos establecidos en cada caso, debiendo seleccionarse entre ellos aplicando los principios de mérito y capacidad.

El personal al servicio de las Administraciones Públicas españolas y en general del Sector Público no solamente está compuesto por funcionarios, sino también por personal contratado con arreglo al Derecho Laboral. Para valorar su importancia se puede decir que el último Boletín Estadístico disponible del personal al servicio de las Administraciones Públicas a partir de los datos del Registro Central de Personal del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, editado en enero de 2021, nos dice que en el sector público español (incluyendo las entidades públicas que desarrollan actividades empresariales, pero no las sociedades mercantiles cuya propiedad corresponde total o mayoritariamente a las Administraciones Públicas) presta servicios un total de 2.710.405 personas, de las cuales 1.444.804 personas son funcionarios, 605.901 son personal laboral y 659.700 están englobados dentro del concepto "otro personal", que no se especifica.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el art. 23.2 de la Constitución "son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del art. 103.3", es decir, personas vinculadas con la Administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario regulada por el Derecho Administrativo, pero no incluye a las personas vinculadas contractualmente con la Administración. En definitiva ha declarado reiteradamente con meridiana claridad que el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral al servicio de la Administración Pública. La contratación de personal laboral solamente queda bajo el amparo del genérico principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución, que impide aplicar en su selección y contratación criterios discriminatorios o diferencias de trato injustificadas, pero la Constitución no exige que se lleve a cabo ningún procedimiento abierto y público que haya de resolverse con arreglo a los principios de mérito y capacidad.

El Tribunal Constitucional inadmitió tempranamente los primeros recursos de amparo presentados por personas que deseaban ser contratadas como personal laboral y pretendían ampararse en el artículo 23.2 de la Constitución, por ejemplo en el auto 415/1985 -acceso a plaza de celador de hospital público con contrato laboral- o en el auto 154/1987 - oficial segundo con contrato laboral en empresa en la que el Estado tenía un 98% del capital En el auto 415/1985 dijo:

*"Improcedente resulta, por otro lado, la invocación como derecho infringido por los actos impugnados el contenido en el art. 23.2 de la Constitución, que proclama el acceso «en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalan las Leyes». Y ello por cuanto -sin entrar a discernir los elementos cualificadores del ejercicio de «funciones públicas», que, en contra de lo que sostiene el recurrente, requiere algo más que «el desarrollo de un servicio a la colectividad», criterio éste que sirve para definir todo trabajo socialmente productivo, sea cual fuere el ámbito institucional en que la actividad se realice- el recurrente obtuvo la plaza a la que había opositado, al condenar el Tribunal Central de Trabajo al organismo demandado a incorporarle como celador"*

El criterio en aquel primer auto no fue la naturaleza jurídica de la relación de servicios, sino de las funciones desempeñadas, diferenciando el Tribunal Constitucional entre los genéricos servicios a la colectividad, que no estarían amparados por el artículo 23.2 de la Constitución, de las funciones públicas en sentido estricto, que sí estarían amparadas.

En el auto 154/1987 dijo:

*"No existe vulneración del art. 23.2 de la Constitución, pues, aunque ciertamente este Tribunal ha declarado, en Sentencias 5/1983, de 4 de febrero; 10/1983, de 21 de febrero, y 28/1984, de 28 de febrero, que el*



derecho reconocido en tal precepto incluye el de no ser removido si no es en virtud de causa legal, sin embargo ha matizado igualmente que, al referirse a «funciones y cargos públicos», comprende a los «cargos» de representación política (Sentencia 23/1984, de 20 de febrero, y Auto de 27 de noviembre de 1985, éste en el recurso de amparo 715/83), y respecto a las «funciones», a las realizadas por personal que ostenta la condición de funcionario público y participa en los procesos de formación o manifestación de decisiones imputables a un ente público (Auto de 11 de diciembre de 1985 en el recurso de amparo núm. 758/85). En el presente caso, no cabe entender que el actor haya sido removido de función o cargo público, sino cesado en su empleo como trabajador por cuenta ajena en determinada empresa, sin que la participación pública en el capital de ésta le dote de tintes que permitan apreciar, en la prestación de servicios del recurrente como oficial segundo, esa nota de participación en procesos decisorios de un ente público...".

El criterio en este segundo auto ya toma en consideración no solamente las funciones desempeñadas (que identifica como "los procesos de formación o manifestación de decisiones imputables a un ente público"), sino también la naturaleza jurídica de la relación de servicio como funcionario público. Por tanto al tratarse de una persona con un contrato de trabajo cuyas funciones no tienen la "nota de participación en procesos decisorios de un ente público", se entiende excluido de la protección del artículo 23.2 de la Constitución.

A partir de este momento el Tribunal Constitucional, citando aquellos autos, vino a reiterar en numerosas sentencias que "el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral al servicio de la Administración Pública". Por ejemplo en la sentencia 99/1987, en la 281/1993, en la 86/2004, en la 38/2007 o en la 192/2012. En esta última dijo expresamente:

*"Según se ha anticipado, hemos distinguido en el art. 23.2 CE un derecho fundamental de los ciudadanos a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad y con arreglo a las leyes, como derecho distinto al de acceder a los cargos públicos electivos de representación política, al que acabamos de referirnos. Por consiguiente, se hace necesario delimitar también la noción constitucional de "funciones públicas", partiendo de que cuando se trata de una exégesis constitucional debemos rechazar el intento de aprehender los enunciados constitucionales deduciéndolos de normas de rango inferior ( STC 27/1981, de 20 de julio , FJ 3). Pues bien, desde esta perspectiva estrictamente constitucional, las "funciones públicas" englobadas en la protección que dispensa el art. 23.2 CE han sido caracterizadas por nuestra jurisprudencia con las siguientes notas: (...)*

*b) En segundo lugar, son funciones desempeñadas por funcionarios públicos en el sentido del art. 103.3 CE , esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario, es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente ( SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4 ; y 132/2005, de 23 de mayo , FJ 2; y ATC 298/1996, de 16 de octubre , FJ 3). Como consecuencia de no poder calificarse como puestos o cargos públicos cuyo acceso tiene lugar a través de un procedimiento sujeto al Derecho administrativo, resultan excluidos de la protección constitucional dimanante del art. 23.2 CE los desempeñados por el personal laboral al servicio de la Administración ( SSTC 281/1993 , de 27 de septiembre, FJ 2 ; 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4 ; 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2 ; y 38/2007, de 15 de febrero , FJ 8) o bajo cualquier otra forma contractual, como acontece con los concesionarios y contratistas (así, ATC 645/1983, de 21 de diciembre )".*

En el auto 298/1996 se resume esa doctrina de la siguiente manera:

*"Como consecuencia de no poder calificarse como puestos o cargos públicos cuyo acceso tiene lugar a través de un procedimiento sujeto al Derecho administrativo, resultan excluidos de la protección constitucional dimanante del art. 23.2 CE los desempeñados por el personal laboral al servicio de la Administración ( SSTC 281/1993, de 27 de septiembre, FJ 2 ; 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4 ; 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2 ; y 38/2007, de 15 de febrero , FJ 8) o bajo cualquier otra forma contractual, como acontece con los concesionarios y contratistas (así, ATC 645/1983, de 21 de diciembre )".*

Cabe destacar, por su importancia cualitativa y cuantitativa, que en la sentencia 38/2007, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad en la que se planteaba la eventual vulneración del artículo 23.2 de la Constitución por el hecho de que los profesores de religión católica de todos los centros de enseñanza públicos se realice por las Administraciones Educativas sin proceso selectivo alguno y contratando a las personas designadas por la propia Iglesia católica, el Tribunal Constitucional dijo que "al tratarse de contratos laborales" y "como ha declarado en diversas ocasiones este Tribunal", "no se aplica el art. 23.2 CE (por todas, SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4 ; y 132/2005, de 23 de mayo , FJ 2)".

La propia Sala de lo Social Tribunal Supremo ha recogido ocasionalmente este mismo criterio, por ejemplo en sentencia de 20 de octubre de 2015 en el recurso de casación número 172/2014. El Tribunal Constitucional había declarado que el derecho del artículo 23.2 de la Constitución no solamente incluye el derecho a acceder al cargo o función pública, sino también "el derecho a permanecer en los mismos, porque de otro modo el



derecho fundamental quedaría vacío de contenido", tratándose de un "derecho a permanecer en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes". Había de valorarse por tanto si en el caso del despido colectivo de varios cientos de trabajadores de una empresa pública la selección de los trabajadores despedidos debía hacerse con criterios que respetasen los principios de igualdad, mérito y capacidad. En su sentencia el Tribunal Supremo negó la aplicación de los principios de mérito y capacidad, entre otros argumentos, porque *"Esreiterado criterio del Tribunal Constitucional que en los contratos laborales no se aplica el art. 23.2 CE (así, SSTC 86/2004, de 10/Mayo, FJ 4 ; 132/2005, de 23/Mayo, FJ 2 ; y 30/2007, de 15/Febrero, FJ 8)"*.

No obstante, aunque la Constitución no exija a las Administraciones Públicas y en general al sector público la aplicación de los principios de publicidad, mérito y capacidad en la selección y contratación del personal laboral, tampoco impide que la ley lo haga. Así lo hace el Estatuto Básico del Empleado Público, tanto en su texto original de 2007 como en el actual texto refundido de 2015, que en el artículo 15 regula el acceso al "empleo público" y

dice que *"todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico"*. Posteriormente el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, ha añadido en el artículo 11.3 una norma que dice:

*"Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia"*.

La disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con los procesos de consolidación de empleo temporal, también establece que *"los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad"*.

En lo que se refiere al personal laboral se trata no obstante de normas de rango legal, esto es, del mismo rango que la legislación laboral vigente que regula la contratación temporal y la adquisición de fijeza, de manera que entre ellas rige un principio de modernidad temporal según el cual la norma posterior deroga a la anterior y cabe su interpretación sistemática.

#### **LA FIGURA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO**

La consecuencia es que, al tratarse de una exigencia constitucional, se sitúa por encima de la legislación laboral y por tanto la aplicación de la misma no puede llevar a la vulneración de los principios constitucionales sobre acceso al empleo público. Según la legislación laboral cuando un empresario que contrata a un trabajador mediante un contrato temporal vulnera las normas que regulan la contratación temporal la consecuencia que debe sufrir es la declaración de fijeza del trabajador. Esto es así tanto si infringe las normas que regulan los supuestos en que está permitida la contratación temporal, como las normas que regulan los límites a la duración de los contratos temporales o al encadenamiento de contratos temporales. Y esa consecuencia se aplica tanto a empresarios públicos como privados. Por otra parte en la legislación laboral los términos "contrato indefinido" y "contrato fijo" se venían considerando sinónimos.

Sin embargo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido límites a la declaración de fijeza de los trabajadores temporales contratados por las Administraciones Públicas. Con la única excepción de su citada sentencia de 20 de octubre de 2015 en el recurso de casación 172/2014, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a diferencia del Tribunal Constitucional, ha entendido que el acceso a los puestos de empleados públicos mediante contratación laboral sí está incluida en el ámbito de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución y por tanto debe realizarse mediante procedimientos llevados a cabo con publicidad que garanticen el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad. De ahí que cuando una Administración Pública utiliza indebidamente la contratación temporal, la consecuencia prevista por la legislación laboral, que es la fijeza del trabajador, debe ceder ante la necesidad de garantizar que el puesto que ocupa sea ofertado públicamente en un procedimiento que garantice el cumplimiento de los principios constitucionales.

Este criterio fue adoptado por el Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 7 de octubre de 1996 (RCUD 3307/1995). En esa sentencia el Tribunal Supremo, al analizar la situación de unos trabajadores indebidamente contratados como temporales, dijo:

*"La contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido"*.



Dada la generalidad de dicho pronunciamiento y el importantísimo alcance que éste tenía, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo se vio obligada a precisar su doctrina, lo que hizo en sentencia del pleno de la Sala de 20 de enero de 1998 (RCUD 317/1997). En la misma dio carta de naturaleza a la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo como algo diferente al trabajador fijo.

En dicha sentencia el Tribunal Supremo afirmó que *"la aplicación al personal laboral de los criterios de selección tradicionales en la función pública y ello tiene una indudable trascendencia en orden al sistema de garantías... que enlazan con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública ( artículos 14 y 23 de la Constitución ), entendida aquélla en sentido amplio - como empleo público - y en la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad ( artículo 103.3 de la Constitución )"*.

Es decir, a diferencia del Tribunal Constitucional, que utiliza un concepto restrictivo de "funciones públicas" a efectos de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, el Tribunal Supremo adoptó un criterio amplio, que engloba al personal laboral.

La consecuencia es que *"las irregularidades de los contratos temporales no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían... las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público"*.

Y añadió:

*"El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas **el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato** "*.

Por tanto el trabajador indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas se diferencia del trabajador fijo en que la extinción del contrato de este último está sujeto a las causas y condiciones generales que se regulan en el Estatuto de los Trabajadores, mientras que la duración del contrato del trabajador indefinido no fijo está además sujeta a otra causa de finalización: la Administración contratante queda obligada a poner en marcha el procedimiento para cubrir el puesto de manera legal, respetando los procedimientos de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Una vez cubierto el puesto se extingue el contrato del trabajador indefinido no fijo, salvo que él mismo haya participado en el procedimiento de cobertura de su plaza y obtenido la adjudicación de la misma.

Esta figura del trabajador indefinido no fijo, creada por la jurisprudencia, se ha aplicado masivamente con posterioridad en los litigios relativos a trabajadores de las Administraciones Públicas, de manera que incluye en su ámbito de aplicación todo tipo de supuestos en los que el empleador es una Administración Pública y la legislación laboral le obliga a reconocer la fijeza a un contratado laboral, como pueden ser:

- a) El trabajador al que se le contrata temporalmente sin respetar las normas que regulan las modalidades de contratación temporal;
- b) El trabajador contratado como temporal de forma inicialmente correcta, cuando después y de forma sobrevenida se incumplen las normas sobre contratación temporal;
- c) El trabajador contratado sin ser dado de alta en la Seguridad Social, lo que en el caso de las Administraciones Públicas esencialmente se produce cuando se contrata al trabajador con un contrato mercantil o de servicios, que judicialmente se considera después como laboral;
- d) El trabajador de una empresa subcontratada por la Administración cuando judicialmente se declara posteriormente que esa subcontrata en realidad es una cesión de trabajadores, de manera que el trabajador cedido puede optar por integrarse en la empresa cesionaria (la Administración Pública) como fijo;
- e) Aquellos supuestos en los que la Administración Pública se ve obligada a integrar en su plantilla como laborales a trabajadores fijos de empresas privadas debido a una sucesión de empresas en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (que incorpora la Directiva 2001/23/CE).

En todos estos supuestos y en otros análogos los tribunales, en lugar de reconocer la fijeza prevista por la legislación laboral, lo que hacen es declarar al trabajador como indefinido no fijo, esto es, la Administración



está obligada a convocar el procedimiento para la cobertura legal de la plaza y cuando la misma sea adjudicada a un titular que haya superado ese procedimiento el contrato del trabajador indefinido no fijo se extingue.

Esta creación jurisprudencial se ha extendido por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a todo el sector público, también a las sociedades mercantiles cuyo capital mayoritario sea público. Aunque el Tribunal Supremo había dicho en algunas sentencias que en las sociedades mercantiles de capital público no es de aplicación dicha figura, *"pues no están obligadas a cumplir con los principios constitucionales del acceso a la función pública, que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE"* (sentencias de 18 de septiembre de 2014, RCU 2323/2013, 20 de octubre de 2015, recurso 172/2014 y 6 de julio de 2016, recurso 229/2015), a partir de su sentencia de 18 de junio de 2020 (RCUD 2811/2018), el criterio se modificó y el Tribunal Supremo dijo que también en el acceso al empleo en las sociedades mercantiles públicas (en este caso siempre laboral) deben respetarse los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, por lo que quien no ha superado una prueba selectiva que respete esos principios no puede adquirir la condición de trabajador fijo, sino de indefinido no fijo. Ello se fundamenta en una cuestión de mera legalidad y es la interpretación que hace de la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público, que amplía el ámbito de aplicación del artículo 55 de dicha Ley a todas "las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica", lo que el Tribunal Supremo entiende que incluye a las sociedades mercantiles. Ese criterio lo ha mantenido el Tribunal Supremo con posterioridad (por ejemplo, sentencias de 2 de julio de 2020, RCU 1906/2018, 17 de septiembre de 2020, RCU 1408/2018 ó 1 de junio de 2021, RCU 3972/2018), extendiéndolo también al acceso al empleo en las fundaciones públicas (sentencia de 26 de enero de 2021, RCU 71/2020).

La enorme extensión que ha cobrado la figura ha producido una enorme acumulación de trabajadores calificados como indefinidos no fijos en todo el sector público. Los que son reconocidos como tales son los que han obtenido esa calificación por sentencia judicial, puesto que la Administración no suele reconocer por sí misma esa situación, lo que además le ha quedado prohibido hacer sin sentencia a partir de la entrada en vigor de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, después reiterada en la disposición adicional cuadragésima tercera, número dos, de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (*"Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental... no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial"*). A ellos habrá que sumar un buen número de los trabajadores temporales al servicio de las Administraciones y del Sector Público que no están reconocidos como tales (especialmente trabajadores interinos por vacante a partir de la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2021, RCU 2031/2019 y las subsiguientes derivadas de la misma, que en aplicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de Europea de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/19, IMIDRA, fija un límite máximo de tres años a la duración de los contratos de interinidad por vacante). Hay que tener en cuenta que, aunque la figura de los indefinidos no fijos no figura como tal separadamente en las estadísticas sobre el empleo público, dado que el número de trabajadores temporales en el sector público es de más de un millón de personas (1.101.300 según la encuesta de población activa del Instituto Nacional de Estadística del tercer trimestre de 2021), una parte significativa de estos podría entrar dentro de tal calificación, lo que nos permite subrayar la importancia del problema que se somete al TJUE en esta cuestión prejudicial.

Este gran número se explica porque a lo largo de los años en su inmensa mayoría las Administraciones Públicas no han cumplido su obligación de convocar los procesos de cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores que eran declarados indefinidos no fijos por los tribunales, de manera que la mayor parte de aquellos trabajadores que han ido siendo declarados indefinidos no fijos por los tribunales sociales a lo largo del tiempo han permanecido en sus puestos posteriormente hasta alcanzar un volumen muy importante dentro de la plantilla de las Administraciones. Esa falta de convocatoria es debida a diversas causas, entre las que se encuentran las limitaciones presupuestarias para realizar tales convocatorias, que fueron muy estrictas sobre todo entre 2011 y 2018. También hay que tener en cuenta que no ha sido frecuente que se reclame judicialmente la convocatoria de las plazas ocupadas por trabajadores indefinidos no fijos por las personas u organizaciones que les representen que tengan interés en poder acceder a las mismas o por los propios trabajadores indefinidos no fijos interesados en regularizar su situación. Pero es que en los escasos supuestos en que se ha hecho tal reclamación judicial, que debe tramitarse ante el orden contencioso-administrativo mediante la impugnación de la oferta de empleo público de la correspondiente Administración, la respuesta ha sido negativa. Entre las sentencias que al respecto hemos podido localizar está la del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número dos de Vigo en el procedimiento abreviado 105/2018, relativa a impugnación de la oferta de empleo público del Ayuntamiento de Vigo, que resuelve la cuestión con el siguiente texto:



*"El hecho de que no se incluyan tantas plazas vacantes como número de trabajadores indefinidos no fijos no es por sí mismo un ejercicio ilegítimo de la potestad de autoorganización del Concello, que a la hora de aprobar la OEP no viene condicionada ni por el número de trabajadores indefinidos no fijos de una determinada categoría o grupo profesional, ni por los concretos contenidos funcionales de los puestos a los que están adscritos, debiendo ofertar las plazas vacantes que considere necesarias para la prestación del servicio, siendo en un momento posterior cuando se decidirán los servicios administrativos a los que los titulares de dichas plazas hayan de ir destinados, tras la superación de los oportunos procesos selectivos, a los que podrán concurrir en igualdad de condiciones los trabajadores indefinidos ni fijos, como es el caso de los demandantes".*

Es decir, a pesar de que los órganos judiciales del orden social, incluido el Tribunal Supremo, han insistido en la obligación de que las Administraciones convoquen los correspondientes procedimientos de ingreso para cubrir las plazas ocupadas por los trabajadores indefinidos no fijos, ese pronunciamiento carece de virtualidad, porque para ello es preciso que se incluyan en la oferta de empleo público anual de la Administración. Esa oferta ha sido objeto de congelación o estrictos límites por la legislación presupuestaria durante varios años. Pero además la revisión judicial de la misma no corresponde a los tribunales del orden social, sino a los del orden contencioso-administrativo y cuando se ha reclamado ante estos segundos que se incluyan las plazas ocupadas por los trabajadores indefinidos no fijos, como sería obligatorio para la Administración, dicha obligación se ha considerado inexistente en base a la potestad de autoorganización de la propia Administración. A lo que hay que añadir que la oferta de empleo público puede ser ilegal si por el número de plazas incluidas excede las previsiones de las leyes de presupuestos y que, incluso de ser aprobadas e incluir plazas ocupadas por indefinidos no fijos, el artículo 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público establece que "la ejecución de la oferta de empleo público... deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años" y si se excede ese plazo la oferta caduca y ya no pueden llevarse a cabo las correspondientes convocatorias.

En cuanto a la calificación del contrato de trabajador indefinido no fijo como temporal o como fijo, inicialmente el Tribunal Supremo dijo inicialmente que la situación de los trabajadores indefinidos no fijos era equiparable a la de los trabajadores temporales con un contrato de interinidad por vacante. En ambos casos la duración del contrato queda supeditada a la cobertura reglamentaria de la vacante, momento en el que se extingue. Y dado que el contrato de interinidad por vacante no tiene prevista legalmente ninguna indemnización en el momento de su extinción por cobertura de la plaza, el Tribunal Supremo no reconoció tampoco ninguna indemnización por tal motivo a los indefinidos no fijos.

El Tribunal Supremo dijo que *"el problema se traduce en determinar si un " indefinido no fijo" puede legalmente ver extinguida su relación laboral por la circunstancia de haber sido nombrado para ese mismo puesto de trabajo otro trabajador que sí que tiene la condición de "fijo" por haber superado las pruebas objetivas pertinentes"* y en sentencias como por ejemplo las de 27 de mayo de 2002 (RCUD 2591/2001), 27 de diciembre de 2006 (RCUD 447/2005), 14 de febrero de 2007 (RCUD 2977/2005), 22 de febrero de 2007 (RCUD 3353/2005) o dijo que *"la situación de estos indefinidos es equiparable a las de los interinos y por lo tanto la extinción de su contrato por causa del nombramiento de un titular de la misma plaza es causa válida de extinción"*.

Esta equiparación se hizo insostenible desde el momento en que el Tribunal Supremo, en sentencias como las de 21 de julio de 2016 (recurso 134/2015) y 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017), reconoció a los trabajadores indefinidos no fijos el derecho a participar en procedimientos de movilidad interna dentro de la Administración en las mismas condiciones que los trabajadores fijos. Este derecho les fue reconocido por el Tribunal Supremo en base a considerar a estos trabajadores como temporales al amparo de la Directiva 1999/70/CE, lo que lleva a aplicar la prohibición de discriminación con los trabajadores fijos. La prohibición resulta de la cláusula cuarta, número uno, del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE (*"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"*), que está incorporada en el Derecho Español, por el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores (*"Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado"*).

Considera el Tribunal Supremo que en lo relativo a la movilidad interna no existen razones objetivas que justifiquen una diferencia de trato entre los trabajadores indefinidos no fijos (temporales) y los trabajadores fijos, porque los trabajadores indefinidos no fijos no están vinculados a ninguna vacante ni puesto de trabajo



concreto, a diferencia de los trabajadores interinos por vacante, que están vinculados necesariamente al puesto de trabajo vacante para cuya cobertura han sido expresamente contratados.

En su sentencia de 2 de febrero de 2017 (recurso 53/2015), el Tribunal Supremo dijo:

*"No podemos obviar el hecho de que estamos ante la situación de quien posee la condición de indefinido no fijo, y no está cubriendo necesariamente una particular vacante, pues la naturaleza de su relación se ha generado por la irregularidad de su contratación, sin vinculación directa y expresa con una plaza pendiente de cobertura".*

Y, siguiendo esa lógica, en su sentencia de 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017) el Tribunal Supremo dice:

*"Durante una larga etapa la doctrina vino asimilando el régimen jurídico de estos contratos al de las interinidades por vacante. Sin embargo, lo cierto es que en esta modalidad contractual hay que acotar, desde la propia génesis del contrato, el concreto puesto de trabajo que va a desarrollarse mientras que cuando se declara como indefinida no fija a una persona no es necesario que ocupe una concreta plaza. De ahí la exigencia de que para su extinción no baste con la convocatoria de una vacante similar, sino que es necesario acreditar la exacta identificación de la plaza ofertada y su concordancia con la ocupada por la persona que presta su actividad como indefinida".*

Y también:

*"La figura del indefinido no fijo tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato)".*

Por tanto en estas sentencias se mantiene claramente la consideración del contrato indefinido no fijo como un contrato temporal, sometido a término y no a condición. La Administración no solamente puede convocar la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo, sino que está obligada a ello y por tanto aunque la concreta fecha en que se extinguirá el contrato es imprecisa, esa extinción deberá producirse necesariamente. Pero eso no significa que siga estando asimilado a un contrato temporal de interinidad por vacante. Del nuevo criterio jurisprudencial resulta también que la terminación del contrato de indefinido no fijo no se produce en los mismos casos en los que se produce la del trabajador interino por vacante, no bastando con que el puesto de trabajo vacante ocupado por el indefinido no fijo se cubra de cualquier manera, por ejemplo mediante concurso de traslado o procedimiento de movilidad interna. Por ejemplo, dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017):

*"Entendemos que la mayoría de veces la propia existencia de un trabajador indefinido no fijo revela la existencia de un empleo adicional a los previstos en su organigrama, por lo que se requiere la activación de un procedimiento selectivo de ingreso para su cobertura".*

Por consiguiente, la obligación de la Administración es cubrir la plaza del trabajador indefinido no fijo mediante una convocatoria con procedimiento selectivo para el ingreso. Pero a partir de este punto subsisten numerosas dudas, porque si la permanencia en el empleo del trabajador indefinido no fijo no está vinculada al concreto puesto de trabajo que en cada momento ocupa (que de hecho puede cambiar mediante movilidad interna), no está claro cuándo podrá considerarse que su plaza ha sido objeto de una convocatoria de ingreso. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de febrero de 2017 (recurso 53/2015), exigió que en la convocatoria estuviera perfectamente identificada la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo, no bastando con menciones genéricas a la clasificación profesional:

*"No podemos obviar el hecho de que estamos ante la situación de quien posee la condición de indefinido no fijo, y no está cubriendo necesariamente una particular vacante, pues la naturaleza de su relación se ha generado por la irregularidad de su contratación, sin vinculación directa y expresa con una plaza pendiente de cobertura. Estamos, por tanto, ante un supuesto en que la falta de identificación de la plaza no sólo se da respecto de la convocatoria para su cobertura, sino también respecto de la situación de la trabajadora, de la cual sólo se acredita que presta servicios en determinada categoría profesional y centro de trabajo".*

Aún así no está claro cuándo se puede entender cubierta la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo (que no puede equipararse al concreto puesto de trabajo que ocupa) en aquellos casos en los que, pese a haber sido objeto de una convocatoria de ingreso donde aparezca claramente identificada, hayan quedado una parte de las plazas sin cubrir y continúen vacantes. Sobre esta materia no se han producido todavía pronunciamientos del Tribunal Supremo.

Pese a estas dudas, lo que no cabe duda es que de forma constante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sigue manteniendo que es un contrato sujeto a un término y no a una condición, por tanto un contrato temporal, porque la convocatoria de la plaza no es facultativa para la Administración, sino que ésta está obligada a



llevarla a cabo y en el momento en que se produzca la cobertura legal se extingue el contrato del trabajador indefinido no fijo.

De forma congruente con lo anterior, en las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 (RCUD 2924/2014), 6 de octubre de 2015 (RCUD 2592/2014), 4 de febrero de 2016 (RCUD 2638/2014) y 7 de noviembre de 2016 (RCUD 755/2015), se dijo que, en virtud del auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C- 86/149 (León Medialdea contra Ayuntamiento de Huétor Vega), *"se deja patente que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan incluidos en el marco 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"*. Por tanto, se les considera trabajadores temporales a efectos de la Directiva y de la legislación española, pero no se identifica cuál de las modalidades de temporalidad de las permitidas por la legislación española sería aplicable, aunque claramente hay que excluir la de interinidad por vacante, que no tiene fijada indemnización alguna a su extinción. La previsión general para las contrataciones temporales (con exclusión de algunas modalidades como la interinidad por vacante) es, de acuerdo con el artículo 49.1.c del Estatuto de los Trabajadores, es que a la finalización del contrato tienen derecho a una indemnización calculada a razón de doce días por cada año de prestación de servicios (sin límite cuantitativo alguno). El Tribunal Supremo declaró aplicable dicha previsión a los trabajadores indefinidos no fijos.

Pero este criterio fue después corregido en la posterior sentencia de pleno de 28 de marzo de 2017 (RCUD 1664/2015). En ella el Tribunal Supremo dijo que *"la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya es recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, cuyos artículos 8 y 11-1 "*, que *"nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal"*. Por tal razón no reconoce al trabajador indefinido no fijo por razón de la extinción del contrato la indemnización propia de los contratos temporales, sino una indemnización de veinte días por año, con el límite de una anualidad de salario, que es la prevista en la legislación laboral española ( artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores) para los despidos producidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, puesto que el Tribunal Supremo estima que existe una cierta analogía entre la extinción del contrato por cobertura de la plaza con esos supuestos:

*"La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato"*.

El criterio se ha reiterado posteriormente, por ejemplo en sentencias de 9 y 12 de mayo de 2017 ( RCUD 1806/2015 y 1717/2015). El resultado es que habría tres categorías distintas de contratados laborales en las Administraciones Públicas, trabajadores fijos, trabajadores indefinidos no fijos y trabajadores temporales, de manera que los trabajadores indefinidos no fijos no serían ni temporales ni fijos, sino una categoría propia, exactamente igual en todo a los trabajadores fijos, salvo en que tendrían una causa adicional de extinción del contrato de trabajo no prevista para los trabajadores fijos, que es la cobertura legal de su plaza, lo que se equipararía a una causa de extinción objetiva del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores y les daría derecho a la indemnización de 20 días por año de servicio, con el límite de una anualidad de salario, prevista para esos casos en el artículo 53 del mismo Estatuto de los Trabajadores.

A pesar de lo dicho en estas sentencias el Tribunal Supremo ha seguido reiterando posteriormente:

a) Que el contrato del trabajador indefinido no fijo está sujeto a un término y no a

una condición y por tanto es un contrato temporal, porque la Administración está obligada a convocar la plaza ocupada por el mismo, de manera que éste cesará cuando sea cubierta legalmente por quien supere el proceso selectivo;

b) Que se les aplica la cláusula cuarta, número uno, de la Directiva 1999/70/CE y el

artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores y no pueden introducirse diferencias de trato con los trabajadores fijos que no estén razonablemente justificadas.

Por ejemplo:

-En su sentencia de 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017) la Sala Cuarta del Tribunal Supremo dice:

*"Comencemos aclarando que la equiparación entre indefinidos no fijos y temporales a que se ha apuntado en alguno de los escritos procesales resulta perfectamente explicable desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea (UE). La Directiva 1999/70, sobre empleos de duración determinada, garantiza la no discriminación*



*entre los trabajadores de duración determinada y los fijos comparables, entendiéndose por los primeros aquellos cuya vinculación profesional incorpora una finalización determinada por condiciones objetivas (fecha, realización obra o servicio, hecho o acontecimiento). La equiparación de derechos se edifica desde la dicotomía conceptual apuntada; desde tal perspectiva se comprende que a quienes son indefinidos no fijos se les considere como temporales, puesto que de ese modo se permite el contraste (con quien sea comparable) y queda garantizada la equiparación de derechos".*

-Más recientemente en sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2021 (RCUD 617/2019), se reconoce el derecho a la excedencia voluntaria a los trabajadores indefinidos no fijos, con cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 en el asunto C-158/16.

### **LA FIGURA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

Como se ha dicho la figura del trabajador indefinido no fijo es una creación exclusiva de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que data de hace 25 años y que ha ido evolucionando con el tiempo. A pesar del tiempo transcurrido, el legislador no ha regulado esa figura expresamente, ni ha establecido su régimen jurídico, por lo que en los sustancial siguen siendo los tribunales los que van decidiendo los problemas jurídicos que suscita. Sin embargo el legislador ha contemplado la figura en algunas normas concretas de forma aislada.

**En primer lugar** se recoge en el Estatuto de los Trabajadores a partir del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, apareciendo hoy en la disposición adicional décimoquinta del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015. En esa norma se regula la "aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas". La norma dice que la vulneración de dichos límites "en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes" no puede impedir "la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable", por lo cual "el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo".

**En segundo lugar** la figura aparece, ya con una denominación, en los artículos 8 y 11.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (tanto en el texto original de la Ley 7/2007, de 12 de abril, como en el vigente texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre). En los mismos se diferencia el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en tres tipos en función de la duración del contrato:

- Fijo
- Por tiempo indefinido
- Temporal.

Se presentan por tanto en el sector público (no en el sector privado) los contratos fijos como diferentes de los contratos por tiempo indefinido y estos a su vez de los temporales. El legislador no da definición alguna de estos tres tipos, pero la jurisprudencia anteriormente referida ha entendido claramente que la mención a los contratos indefinidos hace referencia a los trabajadores indefinidos no fijos.

**En tercer lugar** la disposición adicional 34ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (declarada parcialmente inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018, de 31 de octubre de 2018), sustituida posteriormente por la disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, introduce las siguientes previsiones, por lo que aquí interesa:

A) Declara expresamente de aplicación "los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público" a "los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público".

B) Establece la obligación de que los contratos de trabajo de personal laboral en las

Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, se formalicen siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral.



C) Expresamente prohíbe el reconocimiento a los trabajadores temporales o al "personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración", de la condición de indefinido no fijo por la propia Administración, exigiendo que dicho reconocimiento se haga solamente en virtud de una resolución judicial.

D) Establece que las "actuaciones irregulares" en esta materia de "los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental" "darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas".

Esa disposición sigue vigente a pesar de estar incluida en una ley de presupuestos anual, porque expresamente dice que "la presente disposición... tiene vigencia indefinida". Por otra parte también fija su ámbito temporal diciendo que "surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor".

En relación con esta disposición cabe observar:

a) La aplicación de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el

acceso al empleo público a los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público no supone ninguna novedad legislativa, puesto que ya figuraba así antes en el Estatuto Básico del Empleado Público ( artículos 1, 10.2, 13.2 y 55.1 y disposiciones adicional primera y transitoria cuarta, número dos, ampliándose posteriormente por el Real Decreto-ley 14/2021, al personal laboral la mención introduciendo el artículo 11.3). Su única novedad es la clara ampliación a todo el "sector público", que en la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público no estaba clara, aunque el Tribunal Supremo la ha interpretado en ese sentido.

b) La obligación de cumplir con la normativa laboral sobre contratación temporal es

una declaración redundante y obvia, puesto que si la Administración contrata personal laboral con ello se somete a la legislación laboral y por tanto ha de cumplir la misma, puesto que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" ( artículo 9.1 de la Constitución) y "la Administración Pública... actúa... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho" ( artículo 103.1 de la Constitución).

c) Es novedosa la prohibición de reconocimiento de la condición de indefinido no

fijo por la Administración si no existe una resolución judicial que lo declare. Con ello se impide la regularización por la propia Administración de las situaciones de contratación temporal contraria a Derecho y las demás situaciones irregulares que dan lugar al reconocimiento de la condición de indefinido no fijo, de manera que cada trabajador afectado debe iniciar su propio proceso judicial individual para obtener ese reconocimiento. Mientras tanto no es posible computar a efectos estadísticos al mismo como trabajador indefinido no fijo, sino que sigue computando como temporal, contrato administrativo, etc..

d) Por otra parte hay que llamar la atención sobre la referencia que se hace al

"personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración". Se está haciendo referencia legislativa por primera vez a la adquisición de la condición de indefinido no fijo como consecuencia de haber sido trabajador de una empresa contratista de la Administración, lo que fundamentalmente se puede producir por dos causas: por sucesión de empresas y aplicación de la Directiva 2001/23/CE y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y por cesión ilegal de trabajadores e incorporación a la plantilla de la empresa cesionaria ( artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores).

e) Lo más relevante de esta norma (de hecho la disposición adicional se titula

"exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral") es la referencia a la "exigencia de responsabilidades" de los órganos competentes en materia de personal por sus "actuaciones irregulares" en materia de contratación laboral temporal. El problema no solamente es que no defina lo que se considera como "actuaciones irregulares", un término enormemente impreciso para permitir sanciones o responsabilidades que cumplan con un principio de tipicidad y certeza, sino esencialmente que no define las responsabilidades que se pueden exigir, sino que se remite genéricamente a una normativa no identificada. De hecho este tribunal no es capaz de identificar un solo caso durante estas décadas, antes o después de estas normas, en que se haya exigido responsabilidad personal de ningún tipo (ni penal, ni patrimonial) a algún cargo político o administrativo por la contratación de personal temporal contraria a la legislación laboral, pese al inmenso número de casos y sentencias que han existido declarando indefinidos contratos temporales irregulares.

f) Finalmente hay que destacar que la norma solamente es aplicable "a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor", lo que parece hacer referencia a los procedimientos de contratación y acceso al



empleo público posteriores a su entrada en vigor. El artículo 9.3 de la Constitución prohíbe que la misma tenga efectos retroactivos desfavorables.

**En cuarto** lugar el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, ha introducido varias novedades, que, en relación al personal laboral (que es el objeto de esta cuestión prejudicial), son en resumen las siguientes:

a) Sin derogar, al menos expresamente, la disposición adicional 43ª de la Ley

6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, introduce una nueva disposición adicional decimoséptima en el Estatuto Básico del Empleado Público en la que se reitera la obligación de las Administraciones Públicas de "velar" por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino y se dice otra vez que las "actuaciones irregulares" en esa materia "darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas". Los términos siguen siendo totalmente genéricos, sin especificar ni qué se debe considerar como "actuación irregular" ni qué responsabilidades concretas se pueden exigir.

b) La nueva disposición adicional decimoséptima introducida en el Estatuto Básico

del Empleado Público regula una compensación para el personal laboral temporal respecto al cual se haya producido un "incumplimiento de los plazos máximos de permanencia". Es compensación no sustituye a "la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica", si bien se dice que si la indemnización es reconocida en vía judicial "se procederá a la compensación de cantidades". Solamente nace el derecho a esta compensación con motivo del "cese efectivo" y consiste "en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año". Con ello recoge la indemnización establecida, según hemos visto anteriormente, para los trabajadores indefinidos no fijos por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (veinte días por año con el límite de una anualidad), pero le añade una limitación importante respecto al cómputo del tiempo de servicios para su cálculo: "La cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento". Finalmente se dice "no habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria".

c) El Real Decreto-ley 14/2021 intenta regularizar la situación del personal laboral

temporal que en realidad está desempeñando trabajos fijos y para ello diferencia entre dos supuestos: 1- Si la plaza está incluida en un procedimiento selectivo con convocatoria ya publicada en el boletín oficial antes del 8 de julio de 2021, desarrollado en el marco de los procesos de estabilización de empleo temporal previstos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018, ese procedimiento "seguirá ejecutándose con arreglo a las previsiones de las respectivas convocatorias", pero habrá de finalizar antes del 31 de diciembre de 2024. 2- En otro caso las "plazas de naturaleza estructural" que estén "dotadas presupuestariamente" (independientemente de que estén incluidas o no en relaciones de puestos de trabajo o instrumentos análogos) deben ser objeto de un proceso de estabilización de empleo temporal si "han estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020". Para ello deben publicarse las correspondientes convocatorias antes del 31 de diciembre de 2022 y los procesos selectivos deben estar resueltos antes del 31 de diciembre de 2024. Debe destacarse que tanto los procesos de estabilización que ya estén en desarrollo como los que se prevén iniciar en lo sucesivo se caracterizan porque deben ser abiertos a otros candidatos distintos a los trabajadores que ocupan esas plazas y deben desarrollarse respetando los principios de "libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad". Por tanto puede ocurrir que los trabajadores que ocupan las plazas no consoliden las mismas, siendo atribuidas a un tercero. Para ese supuesto, en el caso del proceso de estabilización nuevo previsto por el Real Decreto-ley, se prevé "una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización".

**En quinto y último** lugar la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público ha reiterado los puntos a y b anteriores del Real Decreto-ley 14/2021 y además modifica los procesos de consolidación y estabilización de plazas ocupadas por personal temporal, siendo los principales cambios los siguientes:



a) Los procesos selectivos desarrollados en el marco de los procesos de estabilización de empleo temporal previstos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018 siguen rigiéndose por sus convocatorias, pero si las plazas afectadas por los mismos no hubieran sido todavía convocadas a fecha 30 de diciembre de 2021, o habiendo sido convocadas queden sin cubrir, tales plazas pasan al proceso de estabilización regulado en la nueva Ley junto con todas las demás de "naturaleza estructural" dotadas presupuestariamente que hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

b) Las ofertas de empleo para los procesos de estabilización deben aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022, las convocatorias resultantes deben publicarse antes del 31 de diciembre de 2022 y la resolución de estos procesos selectivos debe finalizar antes del 31 de diciembre de 2024. Se mantiene el carácter abierto a otros candidatos, por lo que puede ocurrir que los trabajadores que ocupan las plazas no consoliden las mismas, siendo atribuidas a un tercero, pero se introduce la novedad de que se permite a la Administración prever en la convocatoria que los ejercicios de la fase de oposición no sean eliminatorios. Se mantiene la previsión para los trabajadores que pierdan su empleo del pago de "una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización".

c) Se establece como novedad una convocatoria excepcional de todas las plazas estructurales, dotadas presupuestariamente, que hayan "estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016". En esa convocatoria las plazas serán atribuidas por el sistema de concurso de méritos (baremo de puntuación) y no de concurso-oposición, pero el concurso debe ser abierto a todos los aspirantes que reúnan los requisitos exigidos. No se prevé expresamente indemnización si el trabajador temporal que ocupa la plaza no resulta seleccionado.

#### **B) NORMATIVA 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 dice en su artículo 1:

*"La presente Directiva tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, que figura en el anexo, celebrado el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES)".*

Por tanto el contenido del acuerdo anexo tiene el valor jurídico obligatorio de las Directivas, conforme al apartado 2 del artículo 139 del Tratado de la Comunidad Económica Europea vigente en el momento en que se adoptó (actual artículo 155 TFUE). Su artículo 2 dice:

*"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 o se asegurarán de que, como máximo en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan establecido las disposiciones necesarias mediante acuerdo, adoptando los Estados miembros todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.*

*Los Estados miembros, si fuera necesario para tener en cuenta dificultades particulares o la aplicación mediante convenio colectivo, y tras consultar con los interlocutores sociales, podrán disponer como máximo de un año suplementario. Informarán inmediatamente a la Comisión de tales circunstancias.*

*Cuando los Estados miembros adopten las disposiciones contempladas en el apartado 1, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia".*

Dado que España no informó en ningún momento a la Comisión de que pretendía utilizar un año suplementario para incorporar las disposiciones de la Directiva, el plazo de que disponía para ello finalizó el 10 de julio de 2001.

La cláusula segunda del acuerdo anexo a la Directiva dice:

*"Ámbito de aplicación.*

*1. El presente Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.*



2. Los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, podrán prever que el presente Acuerdo no se aplique a:

- a) las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje;
- b) los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos".

La cláusula tercera del acuerdo anexo a la Directiva dice:

"Definiciones.

A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por

1. "trabajador con contrato de duración determinada": el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;

2. "trabajador con contrato de duración indefinida comparable": un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.

En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales".

La cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva dice:

"Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva.

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".

### **C) JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Sin ánimo de ser exhaustivos vamos a hacer una síntesis de los puntos más importantes que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE, si bien exclusivamente en relación con las consecuencias de su incumplimiento.

En dos sentencias de 7 de septiembre de 2006 en los asuntos C-53/04 y C-180/04, Marrosu y Sardino y Vassallo, el TJUE dijo que, cuando se ha producido un uso abusivo de sucesivos contratos laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y borrar las consecuencias de la violación del Derecho de la Unión. La Directiva no exige sin embargo que esa medida pase por la conversión del contrato en indefinido, siempre que la normativa contenga otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada.

En la sentencia de 4 de julio de 2006 en el asunto C-212/04, Konstantinos Adeneler y otros, dictada en Gran Sala, el TJUE dijo, entre otras cosas:



-Que la Directiva 1999/70 se aplica también a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público y no exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector privado.

-Que a pesar de que el Acuerdo marco no impone la obligación de transformar en contrato indefinido un contrato temporal utilizado de forma abusiva, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata no contiene ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, es contraria a la Directiva una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a «necesidades permanentes y duraderas» del empleador y deben considerarse abusivos.

-Que en el supuesto de adaptación tardía del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate a una directiva cuyas disposiciones pertinentes carecen de efecto directo, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva (en este caso el 10 de julio de 2001), a interpretar su Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha directiva.

En la sentencia de 3 de julio de 2014 en los asuntos acumulados C-362/13, C-363/13 y C-407/13, Fiamingo y otros, el TJUE dijo, entre otras cosas:

-Que el Acuerdo marco no obliga a los Estados a adoptar una medida que exija que cualquier primer o único contrato de trabajo de duración determinada esté justificado por una razón objetiva, puesto que la cláusula quinta del Acuerdo Marco "únicamente se refiere a la prevención de los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, por lo que las razones objetivas contempladas en el apartado 1, letra a), de dicha cláusula sólo se refieren a la «renovación de tales contratos o relaciones de trabajo».

-Que cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos es indispensable poder aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la violación del Derecho de la Unión, pero el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada, sino que puede optar por otro tipo de medidas disuasorias que cumplan con los requisitos de efectividad y equivalencia.

-Que una normativa que establece una regla imperativa según la cual, cuando un trabajador ha sido empleado de modo ininterrumpido por el mismo empleador, en virtud de varios contratos de duración determinada, por una duración superior a un año, dichos contratos se transforman en relación laboral por tiempo indefinido, cumple los requisitos para ser considerada como un cumplimiento adecuado de la Directiva.

En el auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C-86/14, León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega, el TJUE trató la situación de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público español. En este auto se planteó en primer lugar si la cláusula 5 del Acuerdo Marco era aplicable a los indefinidos no fijos y el TJUE dijo:

*"37. Mediante su primera cuestión prejudicial, el juzgado remitente desea saber, en realidad, si una persona que se encuentra en la situación de la demandante en el litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco, y, por tanto, si puede beneficiarse de las medidas previstas por él, en particular, las establecidas en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, relativas al recurso abusivo a sucesivos contratos de duración determinada..."*

*40. En el caso de autos, se desprende claramente del auto de remisión, sin que, por otra parte, haya sido discutido, que la demandante en el litigio principal, como se desprende del apartado 18 del presente auto, ha estado vinculada a su empleador sucesivamente mediante dos contratos de trabajo de duración determinada, en el sentido de las cláusulas 2 y 3, apartado 1, del Acuerdo marco, y que la relación laboral entre ella y su empleador se convirtió posteriormente, como sanción, en una «relación laboral de carácter indefinido no fijo», con arreglo a la normativa nacional.*

*41. En estas circunstancias, debe declararse que una persona que se encuentra en la situación de la demandante en el litigio principal está claramente incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco. Carece de importancia a este respecto que el contrato de trabajo se denomine tras su conversión «contrato indefinido no*



*fijo», dado que, como se desprende del auto de remisión, tal conversión es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos"*

Por eso en la parte dispositiva de dicho auto se decía:

*"Las cláusulas 2 y 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo 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, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador como la demandante en el litigio principal está incluido en el ámbito de aplicación de este Acuerdo marco, en la medida en que dicho trabajador ha estado vinculado a su empleador mediante contratos de trabajo de duración determinada, en el sentido de estas cláusulas".*

También en dicho auto se declaraba que *"el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos", que "incumbe al juzgado remitente apreciar, con arreglo a la normativa, a los convenios colectivos y/o a las prácticas nacionales, qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador como la demandante en el litigio principal para considerar que esa indemnización constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada" y que "también incumbe al juzgado remitente, en su caso, dar a las disposiciones pertinentes del Derecho interno, en toda la medida de lo posible, una interpretación conforme con el Derecho de la Unión".*

En la sentencia de 14 de septiembre de 2016 en los asuntos C-184/15 y C-197/15, Martínez Andrés, el Tribunal de Justicia reiteró que si no existe una sanción apropiada en el ordenamiento jurídico suficiente disuasoria frente al abuso en la contratación temporal, debe reconocerse el derecho al mantenimiento de la relación laboral indefinida e igualmente dijo que las normas procesales deben permitir imponer la sanción apropiada para el abuso en la misma sentencia que declara la existencia del abuso. En el apartado 53 de dicha sentencia se dice: *" En la medida en que en los litigios principales no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco".*

En el auto de 21 de septiembre de 2016 en el asunto C-614/15, Popescu, el TJUE resume doctrina en el sentido de:

-Para el caso de que se compruebe la existencia de abusos en la renovación de contratos temporales o en contratos sucesivos corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco. Aunque, a falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades de aplicación de tales normas deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos, tales modalidades no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). Las medidas deben ofrecer garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

En la sentencia de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, el TJUE dice que cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, es indispensable poder aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, pero que corresponde al Estado fijar dichas medidas dentro de su margen de apreciación, de manera que el Derecho de la Unión "no impone a los Estados miembros una obligación general de prever la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido", pero siempre bajo la condición de que el Estado haya establecido otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Para decidir si la medida alternativa es suficiente y adecuada han de aplicarse los principios de equivalencia y de efectividad, esto es, no debe ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de



equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). En ese sentido el Tribunal de Justicia considera que la sustitución de la conversión en trabajador fijo por una indemnización tasada (en este caso "entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución total percibida") es aceptable si adicionalmente se cumplen dos condiciones:

-Que el trabajador tenga la oportunidad de reclamar de la entidad empleadora una indemnización dirigida a la reparación íntegra del daño, no tasada ni limitada, por las oportunidades de empleo perdidas, "demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado".

-Que en el caso del sector público no basta con la reparación del daño producido al concreto trabajador, sino que es preciso también establecer sanciones disuasorias para "prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada" por parte de la entidad empleadora en relación con otros trabajadores y de futuro, como pueden ser, a título de ejemplo:

\*que las administraciones estén obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción haya sido intencional o resultado de una falta grave.

\*que la infracción se tenga en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos y les impida obtener complementos salariales vinculados al resultado.

\*que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción.

El órgano judicial debe comprobar si estos elementos, relativos a las sanciones que pueden adoptarse contra las administraciones públicas y sus directivos en caso de recurso abusivo a los contratos de duración determinada, tienen carácter efectivo y disuasorio para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco, puesto que si el trabajador víctima del abuso no obtiene una reparación suficiente y además no existe mecanismo disuasorio efectivo del uso de contratos temporales encadenados abusivamente debe reconocerse al trabajador la fijeza de su contrato.

El fallo de la sentencia dice lo siguiente:

*"La cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, por una parte, no sanciona el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada mediante el pago al trabajador afectado de una indemnización destinada a compensar la no transformación de la relación laboral de duración determinada en una relación de trabajo por tiempo indefinido pero, por otra parte, prevé la concesión de una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador, junto con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado, siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente".*

En la sentencia de 25 de octubre de 2018 en el asunto C-331/17, Sciotto, el TJUE

dice:

-El carácter público del empleador carece de incidencia en la protección que recibe un trabajador en virtud de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, que se aplica también a los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con las administraciones y demás entidades del sector público, por lo que la definición a efectos del Acuerdo Marco del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada» engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan.

-No pueden establecerse excepciones generales a la aplicación de la cláusula quinta del Acuerdo para determinados sectores o colectivos, puesto que el concepto de "razones objetivas" que pueden justificar la renovación de contratos temporales exige mayor concreción. No cabe admitir consideraciones presupuestarias como razones objetivas para mantener la temporalidad. Por otra parte "una normativa nacional que permite la renovación de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada para realizar



sustituciones a la espera de que concluyan los procedimientos de concurso organizados para seleccionar personal por tiempo indefinido no es en sí misma contraria al Acuerdo Marco y puede justificarse por una razón objetiva", pero " la aplicación concreta de esa razón objetiva debe ajustarse a las exigencias del Acuerdo Marco, considerando las particularidades de la actividad de que se trate y las condiciones de su ejercicio" y debe constar "información sobre la posibilidad de que la demandante en el litigio principal participara en procedimientos de concurso organizados por su empleador".

-El Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada, pero, para que pueda ser considerada conforme con el Acuerdo Marco una normativa nacional que prohíbe transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

En la sentencia de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, el TJUE dijo:

-Que la reparación adecuada del abuso de la contratación temporal a la que tiene derecho el trabajador no puede limitarse a una indemnización meramente simbólica, pero que el Derecho de la Unión no obliga a sobrepasar la compensación íntegra.

-Que en el caso de un trabajador sometido a una contratación temporal abusiva que como consecuencia haya sido considerado trabajador indefinido, dicha transformación del contrato supone ya por sí misma "una medida que sanciona efectivamente esa utilización abusiva", sin que sea exigible una acumulación de medidas, ni tampoco el principio de reparación integral del perjuicio sufrido o el principio de proporcionalidad exijan el abono de una indemnización de carácter punitivo, por lo que no tiene un derecho adicional a obtener una indemnización.

-Que el Derecho de la Unión no obliga a los Estados miembros a tratar del mismo modo a los funcionarios de carrera nombrados mediante oposición y los nombrados a través de una selección por méritos, sobre la base de la experiencia profesional adquirida en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, ya que esta diferencia de trato se debe, por una parte, a la necesidad de tener en cuenta las cualificaciones requeridas y la naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir los funcionarios de carrera y, por otra parte, a la necesidad de evitar una discriminación inversa en contra de estos últimos, por lo cual el reconocimiento de la antigüedad del trabajador, una vez reconocido como indefinido, no es preciso que siga las mismas normas que las aplicables a los funcionarios de carrera. No obstante el reconocimiento de una antigüedad inferior al período durante el cual el trabajador prestó servicios en virtud de contratos de duración determinada puede ser considerado como una dispensa, contraria al Acuerdo Marco, de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, salvo que se aporte alguna justificación por las circunstancias del caso.

La sentencia de 11 de febrero de 2021 en el asunto C-760/18 , M.V y otros c. Organismos Topikis Aftodioikisis (OTA) "Dimos Agiou Nikolaou", ha establecido la primacía del Derecho de la Unión en estos casos incluso frente a una reforma constitucional nacional (en ese caso en la República Helénica) que impide su aplicación.

Finalmente la sentencia de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/19, IMIDRA, considera, entre otras cosas, que la legislación española "no parece incluir ninguna medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada" y que en tal caso la asimilación del trabajador interino a los trabajadores indefinidos no fijos "podría ser" una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada. En concreto dice en el punto 73: "*En este contexto, procede señalar que el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que no exista ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los «trabajadores indefinidos no fijos» podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco ( sentencia de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15 , EU:C:2016:680 , apartado 53)*".

### **III. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN QUE SE SUSCITAN PARA RESOLVER EL PRESENTE RECURSO DE SUPPLICACIÓN Y JUSTIFICAN LAS CUESTIONES PLANTEADAS.**

En esta cuestión prejudicial el problema que se plantea se refiere a cuáles han de ser las consecuencias del incumplimiento de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE cuando se trata de un trabajador contratado por una Administración, entidad o empresa del sector público español. En concreto se



trata de determinar si la transformación del contrato en indefinido no fijo es suficiente sanción o bien, a falta de otras medidas de disuasión suficiente, incluida la indemnización del trabajador que permita una reparación in integrum del daño sufrido, debe reconocerse la fijeza plena de ese trabajador.

Sobre esta materia se han producido diversos pronunciamientos del TJUE que, salvo error u omisión, se han consignado al describir el marco jurídico. A nuestro juicio las dos sentencias donde se aborda de forma más detallada la cuestión son la de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y la de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato.

A partir de estas sentencias obtenemos las siguientes conclusiones:

a) Cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de

duración determinada sucesivos, es indispensable poder aplicar medidas que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivos y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión;

b) Corresponde al Estado fijar dichas medidas dentro de su margen de apreciación,

de manera que el Derecho de la Unión "no impone a los Estados miembros una obligación general de prever la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido", pero siempre bajo la condición de que el Estado haya establecido otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Por tanto existe una alternativa: o el Estado ha establecido medidas efectivas para evitar y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada o, en caso contrario, procede la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido.

c) Existen unos requisitos mínimos para decidir si la medida alternativa es suficiente

y adecuada, que parte de la aplicación de los principios de equivalencia y de efectividad, esto es, no debe ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). En la sentencia Santoro el TJUE ha admitido que una indemnización tasada es una medida adecuada, pero no suficiente, porque debe ir acompañada de otras dos medidas:

-Que el trabajador tenga la oportunidad de reclamar de la entidad empleadora una indemnización dirigida a la reparación íntegra del daño, no tasada ni limitada, por las oportunidades de empleo perdidas, "demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado". Aclara la sentencia Rossato que el Derecho de la Unión no obliga a sobrepasar mediante esas indemnizaciones la compensación íntegra del daño.

-Que en el caso del sector público no basta con la reparación del daño producido al concreto trabajador, sino que es preciso también establecer sanciones disuasorias para "prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada" por parte de la entidad empleadora en relación con otros trabajadores y de futuro, como pueden ser, a título de ejemplo: \*que las administraciones estén obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción haya sido intencional o resultado de una falta grave. \*que la infracción se tenga en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos y les impida obtener complementos salariales vinculados al resultado. \*que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción. El órgano judicial debe comprobar si estas medidas tienen carácter efectivo y disuasorio para garantizar el cumplimiento.

Lo que debemos determinar en primer lugar si las medidas existentes en la legislación española son suficientes y adecuadas o si, por el contrario, debe acordarse la transformación del contrato en indefinido. Debemos recapitular las medidas existentes en la legislación española:

En materia indemnizatoria el Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 de marzo de 2017 (RCUD 1664/2015) y 9 y 12 de mayo de 2017 (RCUD 1806/2015 y 1717/2015) ha reconocido a los trabajadores indefinidos no fijos, cuando su contrato se extingue por cobertura de la plaza y en el momento en que tal extinción se produzca, una indemnización tasada objetivamente y que se calcula en función del tiempo de servicios prestados por el trabajador cuyo contrato se extingue, a razón de veinte días de salario por cada año de servicios, con el límite total de una anualidad de salario. Una previsión análoga se ha incorporado al Real Decreto-ley 14/2021, que organiza procedimientos selectivos para cubrir las plazas que denomina "estructurales" y que por tanto



afectará a muchos trabajadores indefinidos no fijos, de manera que si no superan el proceso verán extinguido su contrato, en cuyo caso se prevé el pago, en el momento de la extinción del contrato, de la misma

Esta Sala observa que tales previsiones no cumplen los requisitos que se desprenden de la sentencia Santoro por dos motivos:

-Además de la indemnización tasada no está prevista en las normas aplicables otra indemnización que cubra los eventuales daños adicionales y esté adaptada a las circunstancias del caso, estando dirigida a la reparación íntegra del daño.

-Por otra parte la indemnización prevista solamente se reconoce en el caso de extinción del contrato, pero no está previsto su reconocimiento mientras el contrato está vigente, como compensación por el tiempo transcurrido en situación de temporalidad indebidamente. Así en un caso como el que se plantea en este litigio, en el que no se ha producido ningún despido, sino que solamente se reclama la fijeza, para cumplir el requisito fijado por la jurisprudencia del TJUE para evitar la declaración del contrato como indefinido sería preciso reconocer en el seno del mismo una indemnización compensatoria de los daños y perjuicios.

Esto nos lleva a formular las siguientes preguntas:

¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, en lo relativo a la reparación del daño sufrido por el trabajador mediante la restitutio in integrum, cuando solamente prevé una indemnización tasada y objetiva (de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad), pero no existe previsión alguna de una indemnización adicional para llegar a reparar íntegramente el daño producido, si excediese de ese importe?

¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, en lo relativo a la reparación del daño sufrido por el trabajador, cuando solamente prevé una indemnización que se devenga en el momento de la extinción del contrato por cobertura de la plaza, pero no contempla indemnización alguna durante la vigencia del contrato como alternativa a su declaración como indefinido? ¿En un litigio en el que solamente se cuestiona la fijeza del trabajador, pero no se ha producido la extinción del contrato, sería preciso reconocer una indemnización por los daños producidos por la temporalidad como alternativa a la declaración de fijeza?

Por otra parte la indicada jurisprudencia nos dice que en el caso del sector público no basta con la reparación del daño producido al concreto trabajador, sino que es preciso también establecer sanciones disuasorias para "prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada" por parte de la entidad empleadora en relación con otros trabajadores y de futuro. En la sentencia Santoro el TJUE analiza las concretas medidas impuestas por la legislación italiana que se desprenden de los autos y una vez constatada la existencia de concretas medidas, encomienda al órgano judicial nacional que valore si tienen carácter efectivo y disuasorio para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco.

En el caso español la disposición adicional 34<sup>a</sup> de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, sustituida por la disposición adicional 43<sup>a</sup> de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, introdujo una norma según la cual las "actuaciones irregulares" en materia de contratación temporal de "los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental" "darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas". El Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, sin derogar dicha disposición, introdujo una nueva disposición adicional decimoséptima en el Estatuto Básico del Empleado Público en la que se dice otra vez que las "actuaciones irregulares" en esa materia "darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas". La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, ha ratificado dicha reforma.

Sin embargo esta Sala duda sobre el cumplimiento del principio de efectividad por dichas normas por lo siguiente:



a) Esa norma, aparentemente contundente, no tiene ningún contenido concreto, ni establece qué responsabilidades se pueden exigir, sino que se remite a "la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas". Esta Sala es incapaz de precisar cuál sea la normativa a la que se refiere la norma y qué clase de responsabilidades permite exigir;

b) Se añade a lo anterior que la Sala no tiene la menor constancia, ni es algo notorio ni público, que se haya exigido jamás a ningún responsable político o administrativo de una Administración Pública, entidad pública o empresa pública, ningún tipo de responsabilidad concreta por haber promovido o suscrito contratos temporales o realizado cualquier tipo de gestión administrativa que haya concluido en la declaración de los trabajadores como indefinidos no fijos.

En todo caso sobre estos extremos las partes, las instituciones y los Estados miembros podrán hacer alegaciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el curso del procedimiento.

Por todo ello creemos que debemos plantear las siguientes preguntas:

¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas suficientemente disuasorias contra las Administraciones Públicas y entidades del sector público por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco dirigidas a prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada" por parte de la entidad empleadora en relación con otros trabajadores y de futuro, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, cuando dichas medidas consisten en unas normas legales introducidas a partir de 2017 (disposición adicional 34ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio) que dice que se exigirán responsabilidades por las "actuaciones irregulares", sin concretar esas responsabilidades más que por remisión genérica a normativa que no especifica y sin que conste la existencia de ningún supuesto concreto de exigencia de responsabilidades, en el contexto de miles de sentencias que declaran a trabajadores indefinidos no fijos por incumplimiento de las normas sobre contratación temporal?

Esta Sala considera muy verosímil que haya de considerarse que la legislación española no cumpla el principio de efectividad en cuanto a la ausencia de una indemnización para el trabajador afectado que cumpla con la restitutio in integrum y la ausencia de una normativa que asegure una exigencia efectiva de responsabilidades suficientemente disuasoria que evite el uso indebido de la contratación temporal por las Administraciones Públicas y el sector público. En tales condiciones la jurisprudencia analizada es constante en cuanto a que la consecuencia sería la transformación del contrato del trabajador en indefinido, expresión que es equivalente a la de contrato fijo en la mayoría de las sentencias del TJUE referidas.

Sin embargo en el apartado 53 de la sentencia de 14 de septiembre de 2016 en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, Martínez Andrés y Castrejana López y en el apartado 73 de la sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/19, IMIDRA, el TJUE admite, para dos casos relativos a Administraciones Públicas españolas, que sería una sanción adecuada para el abuso de la utilización sucesiva de contratos temporales la transformación del contrato temporal en indefinido no fijo.

Desde el punto de vista del Derecho español la calificación del trabajador indefinido no fijo como trabajador temporal, según se ha explicado, tiene pronunciamientos contradictorios.

Inicialmente el Tribunal Supremo, en sentencias como por ejemplo las de 27 de mayo de 2002 (RCUD 2591/2001), 27 de diciembre de 2006 (RCUD 447/2005), 14 de febrero de 2007 (RCUD 2977/2005), 22 de febrero de 2007 (RCUD 3353/2005), consideró que los trabajadores indefinidos no fijos eran temporales equiparados a los trabajadores interinos por vacante.

Posteriormente, en sentencias como las de 15 de junio de 2015 (RCUD 2924/2014), 6 de octubre de 2015 (RCUD 2592/2014), 4 de febrero de 2016 (RCUD 2638/2014), 21 de julio de 2016 (recurso 134/2015), 7 de noviembre de 2016 (RCUD 755/2015), 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017) ó 2 de marzo de 2021 (RCUD 617/2019) rompió con dicha asimilación, pero mantuvo que se trataba de trabajadores temporales e incluso les aplicó la cláusula cuarta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE. Se trataría de un tipo de contratos de duración determinada de naturaleza especial, no asimilable a otras modalidades de contratación temporal. El motivo de dicha calificación como temporales es que considera que la extinción del contrato por cobertura de la plaza ocupada por el trabajador es algo que necesariamente va a ocurrir, dado que la Administración está obligada a convocar dicha plaza y esto no es algo facultativo, de manera que cuando se produzca su cobertura el contrato se extingue. Aunque la fecha en que ello ocurra no puede determinarse, es algo que necesariamente debe ocurrir antes o después.



Entre ambos criterios se insertaron tres sentencias (de 28 de marzo de 2017, RCUUD 1664/2015 y de 9 y 12 de mayo de 2017, RCUUD 1806/2015 y 1717/2015) en las que el Tribunal Supremo dijo que realmente existen tres categorías distintas en el sector público: trabajadores fijos, trabajadores indefinidos no fijos y trabajadores temporales, de manera que los trabajadores indefinidos constituyen una categoría propia, distinta a la de los trabajadores fijos y a los trabajadores temporales. Su característica es que serían en todo iguales a los trabajadores fijos, salvo en el punto esencial relativo a la terminación de su contrato y es que la entidad empleadora está obligada a convocar necesariamente un procedimiento para la cobertura definitiva de la plaza que ocupan y en el momento en que dicho procedimiento finalice y la plaza se adjudica a otra persona finaliza el contrato del trabajador indefinido no fijo.

Con posterioridad a esas sentencias, como se ha visto, el Tribunal Supremo (sentencias de 2 de abril de 2018, recurso 27/2017, ó 2 de marzo de 2021, RCUUD 617/2019) volvió al anterior criterio y consideró a los trabajadores indefinidos no fijos como temporales e incluso expresamente aplicó a los mismos la Directiva 1999/70/CE.

A su vez la legislación española en los artículos 8 y 11.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) diferencia el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en tres tipos en función de la duración del contrato:

- Fijos

- Por tiempo indefinido - Temporales.

Se presentan por tanto en el sector público (no en el sector privado) los contratos fijos como diferentes de los contratos por tiempo indefinido y estos a su vez de los temporales. Esa ley sin embargo no define cada uno de estos conceptos. La jurisprudencia ha entendido que la mención a los "contratos por tiempo indefinido" se refiere a los trabajadores indefinidos no fijos.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no encontramos un pronunciamiento claro al respecto.

En el auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C-86/14, León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega, el fallo dice, en relación con una trabajadora indefinida no fija, que *"las cláusulas 2 y 3, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo 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, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador como la demandante en el litigio principal está incluido en el ámbito de aplicación de este Acuerdo marco, en la medida en que dicho trabajador ha estado vinculado a su empleador mediante contratos de trabajo de duración determinada, en el sentido de estas cláusulas"*.

Sin embargo en su fundamentación dice que la trabajadora tiene un contrato de duración determinada porque *"se desprende claramente del auto de remisión, sin que, por otra parte, haya sido discutido, que la demandante en el litigio principal, como se desprende del apartado 18 del presente auto, ha estado vinculada a su empleador sucesivamente mediante dos contratos de trabajo de duración determinada, en el sentido de las cláusulas 2 y 3, apartado 1, del Acuerdo marco, y que la relación laboral entre ella y su empleador se convirtió posteriormente, como sanción, en una «relación laboral de carácter indefinido no fijo», con arreglo a la normativa nacional" y que "carece de importancia a este respecto que el contrato de trabajo se denomine tras su conversión «contrato indefinido no fijo», dado que, como se desprende del auto de remisión, tal conversión es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos"*.

Esta Sala considera que la premisa de la que parte dicho auto en relación con la interpretación del Derecho Español no es correcta. Debe precisarse que cuando un trabajador, como ocurre en el caso que aquí tratamos, es declarado como trabajador indefinido no fijo, esa declaración, aunque en ocasiones pueda considerarse una sanción contra el empleador por el uso indebido de la contratación temporal, sustituye a los contratos que pudiera tener anteriormente y la relación laboral pasa a ser indefinida no fija. Los contratos temporales anteriores ya no siguen vigentes y en su lugar el trabajador pasa a ser indefinido no fijo, aun cuando se le reconozca toda la antigüedad ganada con los contratos temporales anteriores.

Evidentemente, si se considera que el contrato denominado "indefinido no fijo" en el sector público español es un contrato temporal, parecería absurdo considerar que la vulneración de la cláusula quinta del Acuerdo Marco en relación con un trabajador temporal determine su conversión en indefinido no fijo, es decir, en otra modalidad de trabajador temporal y no fijo. Ello nos lleva a formular una pregunta básica:



En caso de considerar que no existen medidas suficientemente disuasorias en la legislación española, ¿la consecuencia de la vulneración de la cláusula quinta de Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE por un empleador público debe ser la consideración del contrato como indefinido no fijo o debe reconocerse al trabajador como fijo plenamente, sin matizaciones?.

Ahora bien, como se ha explicado al describir el marco jurídico español, la Constitución Española en sus artículos 23.2 y 103.3 exige el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso a la función pública. Aunque el Tribunal Constitucional considera que dichos principios no son aplicables en la contratación laboral, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que sí son aplicables y por eso creó la figura del trabajador indefinido no fijo.

Obviamente no es función del Tribunal de Justicia de la Unión Europea unificar los criterios que pudieran ser discrepantes entre órganos judiciales nacionales, pero esta Sala no puede olvidar que en este caso la interpretación de la Constitución adoptada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo lleva a una contradicción entre el cumplimiento del Derecho de la Unión (la cláusula quinta del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE) y los indicados preceptos de la Constitución Española. Esta interpretación de la Constitución es la que en principio esta Sala debe seguir, dado que proviene del máximo órgano jurisdiccional del orden social, al que esta Sala pertenece. Ello llevaría a cuestionarnos si el principio de primacía del Derecho de la Unión rige también en relación con normas constitucionales y esta cuestión no ha sido necesariamente resuelta por la sentencia de 11 de febrero de 2021 en el asunto C-760/18, M.V y otros c. Organismos Topikis Aftodioikisis (OTA) "Dimos Agiou Nikolaou", porque en aquel caso se trataba de una reforma constitucional nacional posterior al ingreso del Estado (en aquel caso la República Helénica) en la Unión Europea y dirigida finalísticamente a impedir la aplicación del Derecho de la Unión, norma que además claramente contradecía el Derecho de la Unión sin interpretación conforme posible. Estas circunstancias no concurren en el caso presente.

Sin embargo, como hemos visto, la interpretación del Tribunal Constitucional no es la misma que la que mantiene la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no obligan a aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad a los procesos de contratación de personal laboral de las Administraciones Públicas, lo que haría desaparecer la eventual contradicción entre el Derecho de la Unión y la Constitución Española. Por ello es posible entender que debe aplicarse el principio de interpretación conforme, según el cual cuando existen diversas interpretaciones posibles de la legislación nacional es obligatorio optar por aquellas que sean conformes al Derecho de la Unión, lo que llevaría a optar necesariamente por la interpretación dada por el Tribunal Constitucional y entender que los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no obligan a aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad a los procesos de contratación de personal laboral. Lo que resulta especialmente significativo en este caso es que dicho principio se aplique a normas constitucionales del mayor rango, imponiendo a los órganos judiciales internos, incluido el Tribunal Constitucional, una interpretación determinada de la propia Constitución.

Se trata, como es obvio, de problemas que suscitan una gran sensibilidad jurídica y social, dado el número de afectados y los principios y valores en juego, de índole constitucional, por lo que la Sala la debe plantear necesariamente:

¿La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma debe imponerse, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, incluso si se considerase contraria a los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, si estas normas constitucionales se interpretan en el sentido de que imponen que el acceso a todo empleo público, incluida la contratación laboral, solamente puede producirse después de que el candidato supere un proceso selectivo concurrencial en el que se apliquen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad?. ¿Dado que es posible otra interpretación, que es la seguida por el Tribunal Constitucional, debe aplicarse a las normas constitucionales del Estado el principio de interpretación conforme, de manera que sea obligatorio optar por la interpretación que las hace compatibles con el Derecho de la Unión, en este caso entendiendo que los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no obligan a aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad a los procesos de contratación de personal laboral?.

Finalmente la Sala debe tener en cuenta que con posterioridad a la sentencia del Juzgado de lo Social recurrida en este procedimiento, se ha aprobado primero el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, y después la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. En virtud de estas nuevas normas se prevé la futura convocatoria de procesos de estabilización del empleo temporal, en los cuales debe garantizarse "el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad". Por tanto pueden concurrir a la plaza otros aspirantes y el trabajador objeto del uso sucesivo de contrataciones o renovaciones temporales puede no consolidar su plaza, por ser adjudicada a otra persona, y en tal caso



ver extinguido su contrato con la indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año trabajado hasta el límite de una anualidad de salario. De hecho ya antes de dicho Real Decreto-ley se habían puesto en marcha procesos de consolidación de empleo similares al amparo de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018, cuyo desarrollo se mantiene. La principal diferencia introducida por la Ley 20/2021 es que prevé la posibilidad de que se establezca que en los sistemas de concurso-oposición la fase del sistema de oposición no sea eliminatoria, de manera que se pueda pasar a la fase de concurso, para hacer valer sus méritos, sin haber obtenido un aprobado en la fase de oposición, adjudicando la plaza tomando en consideración la puntuación en ambas fases, lo que en principio se supone que facilita a los trabajadores temporales que ocupan las plazas ofertadas que le sean adjudicadas las mismas.

Por otra parte la Ley 20/2021 en su disposición adicional sexta obliga a las Administraciones a convocar por el sistema de concurso aquellas plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, estén dotadas presupuestariamente y hayan estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016. La diferencia con el sistema anterior es que se prevé que el sistema de adjudicación de la plaza sea únicamente el concurso, valorando los méritos del aspirante según un baremo objetivo, pero sin que haya de someterse a ningún examen de oposición, lo que se supone que facilitará a los trabajadores temporales que ocupan las plazas ofertadas que le sean adjudicadas las mismas, aunque ello no queda garantizado porque el concurso debe estar abierto a otros candidatos que reúnan los requisitos para optar a la plaza.

Todos estos procedimientos de consolidación o estabilización de empleo son un intento del legislador de reducir la temporalidad del empleo en las Administraciones españolas, pero sin renunciar a aplicar los principios de igualdad, libre concurrencia, publicidad, mérito y capacidad, de manera que los trabajadores indefinidos no fijos que llevan muchos años en su plaza pueden perder su empleo si no los superan, puesto que se considera que el mero desempeño de la plaza durante años no les confiere el derecho a consolidar su fijeza sin más.

Por tanto es necesario preguntar al Tribunal si dichos procesos pueden servir como forma de dar cumplimiento a la cláusula quinta del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE:

¿La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma puede no aplicarse si antes de que esa conversión sea decretada judicialmente se establece por medio de una Ley un proceso de consolidación o estabilización del empleo temporal que debe desarrollarse los próximos años, que supone realizar convocatorias públicas para la cobertura de la plaza ocupada por el trabajador, teniendo en cuenta que en dicho proceso debe garantizarse "el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad" y por tanto el trabajador objeto del uso sucesivo de contrataciones o renovaciones temporales puede consolidar su plaza, pero también no hacerlo, por ser adjudicada a otra persona, en cuyo caso su contrato se extinguiría con una indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año trabajado hasta el límite de una anualidad de salario?

#### **IV. CUESTIONES QUE SE FORMULAN AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.**

A la vista de todo lo anterior esta Sala considera que deben someterse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por vía de cuestión prejudicial, las siguientes preguntas:

A) ¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas

suficientemente disuasorias por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, en lo relativo a la reparación del daño sufrido por el trabajador mediante la restitutio in integrum, cuando solamente prevé una indemnización tasada y objetiva (de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad), pero no existe previsión alguna de una indemnización adicional para llegar a reparar íntegramente el daño producido, si excediese de ese importe?

B) ¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas

suficientemente disuasorias por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, en lo relativo a la reparación del daño sufrido por el trabajador, cuando solamente prevé una indemnización que se devenga en el momento de la extinción del contrato por cobertura de la plaza, pero no contempla indemnización alguna durante la vigencia del contrato como alternativa a su declaración como indefinido? ¿En un litigio en el que solamente se cuestiona la fijeza del trabajador, pero no se



ha producido la extinción del contrato, sería preciso reconocer una indemnización por los daños producidos por la temporalidad como alternativa a la declaración de fijeza?

C) ¿Puede considerarse que la legislación nacional contiene medidas

suficientemente disuasorias contra las Administraciones Públicas y entidades del sector público por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula quinta del Acuerdo Marco dirigidas a prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada" por parte de la entidad empleadora en relación con otros trabajadores y de futuro, que cumplan con los requisitos fijados por la jurisprudencia del TJUE en sus sentencias de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro, y de 8 de mayo de 2019 en el asunto C-494/17, Rossato, cuando dichas medidas consisten en unas normas legales introducidas a partir de 2017 (disposición adicional 34ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio) que dice que se exigirán responsabilidades por las "actuaciones irregulares", sin concretar esas responsabilidades más que por remisión genérica a normativa que no especifica y sin que conste la existencia de ningún supuesto concreto de exigencia de responsabilidades, en el contexto de miles de sentencias que declaran a trabajadores indefinidos no fijos por incumplimiento de las normas sobre contratación temporal?

D) En caso de considerar que no existen medidas suficientemente disuasorias en la legislación española, ¿la consecuencia de la vulneración de la cláusula quinta de Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE por un empleador público debe ser la consideración del contrato como indefinido no fijo o debe reconocerse al trabajador como fijo plenamente, sin matizaciones?

E) ¿La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma debe imponerse, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, incluso si se considerase contraria a los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, si estas normas constitucionales se interpretan en el sentido de que imponen que el acceso a todo empleo público, incluida la contratación laboral, solamente puede producirse después de que el candidato supere un proceso selectivo concurrencial en el que se apliquen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad?. ¿Dado que es posible otra interpretación, que es la seguida por el Tribunal Constitucional, debe aplicarse a las normas constitucionales del Estado el principio de interpretación conforme, de manera que sea obligatorio optar por la interpretación que las hace compatibles con el Derecho de la Unión, en este caso entendiendo que los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no obligan a aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad a los procesos de contratación de personal laboral?

F) ¿La conversión del contrato en fijo en aplicación del Acuerdo Marco

anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la misma puede no aplicarse si antes de que esa conversión sea decretada judicialmente se establece por medio de una Ley un proceso de consolidación o estabilización del empleo temporal que debe desarrollarse los próximos años, que supone realizar convocatorias públicas para la cobertura de la plaza ocupada por el trabajador, teniendo en cuenta que en dicho proceso debe garantizarse "el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad" y por tanto el trabajador objeto del uso sucesivo de contrataciones o renovaciones temporales puede consolidar su plaza, pero también no hacerlo, por ser adjudicada a otra persona, en cuyo caso su contrato se extinguiría con una indemnización calculada a razón de 20 días de salario por año trabajado hasta el límite de una anualidad de salario?

Notifíquese esta resolución a las partes a las que se comunica que contra la misma cabe recurso de reposición ante esta Sala, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, expresando la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente ( artículos 186 y 187 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social).