

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 753/2021 Secc. 2

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 42 de Madrid Procedimiento Ordinario 991/2020

Materia: Materias laborales individuales

RECURRENTE: D./Dña. XXX

RECURRIDO: UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA

Ilmos/as. Sres/as.

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. Mª LUISA GIL MEANA

D./Dña. RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA

En Madrid, a **21/12/2021**, 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. 753 de 2.021, Secc 2, interpuesto por la letrada D^a Delfina Puente González en nombre y representación de D. XXX contra sentencia del Juzgado de lo Social N° 42 de MADRID (Autos:991/2020) de fecha 1 de junio del 2021, en demanda promovida por D. XXX contra UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA (UNED), sobre RECLAMACIÓN DE DERECHOS, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL ANTONIO LÓPEZ PARADA.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- D. XXX presentó en septiembre de 2020 demanda en reclamación de derechos contra la Universidad Nacional de Educación a Distancia en cuyo suplico pedía una sentencia en la que se reconociese el derecho a su puesto de trabajo como indefinido fijo en el mismo o subsidiariamente, por si no se estima el anterior pedimento, se le adjudique el puesto de trabajo mediante concurso de méritos. El fundamento de la demanda es que D. XXX viene prestando para la demandada servicios mediante contratos temporales (primero de naturaleza administrativa y desde 1 de julio de 1996 de naturaleza laboral, intercalados con algunos contratos administrativos) desde el 11 de febrero de 1994 como encargado de producción de vídeo, habiendo ocupado desde esa fecha el mismo puesto de trabajo y realizado las mismas tareas hasta la fecha de la demanda, esto es, durante más de 26 años consecutivos.

SEGUNDO.- La demanda fue turnada al Juzgado de lo Social número 42 de Madrid, tramitándose bajo el número de autos 991/2020, siendo desestimada por sentencia de 1 de junio de 2021.

En esa sentencia se declara como hecho probado (por remisión) la sucesión de contratos temporales del actor con la Universidad Nacional de Educación a Distancia desde 1994 hasta el año 2001, momento en el que por sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Madrid de 29 de septiembre de 2001 dictada en autos 376/2001 se declara que el trabajador tiene la condición de “indefinido no fijo”. También se declara probado que la Universidad Nacional de Educación a Distancia despidió al trabajador el 30 de junio de 2001, durante la tramitación del anterior proceso judicial, siendo impugnado dicho despido y declarado nulo por sentencia de 16 de febrero de 2002 del Juzgado de lo Social número 7 de Madrid en autos 609/2001. La sentencia cobró firmeza al no ser recurrida y el trabajador fue readmitido el 16 de abril de 2002 en su puesto de trabajo, con la restauración de la relación laboral y los salarios desde la fecha del despido. Tras ello el puesto de trabajo que ocupa el actor en condición de indefinido no fijo aparece formalmente en la relación de puestos de trabajo de la UNED, figurando como vacante y resultando que a fecha de 13 de julio de 2020 tiene reconocidos 26 años, 6 meses y 10 días de servicios prestados para la UNED. El 23 de febrero de 2010 se estableció por acuerdo entre la gerencia de la UNED y el comité de empresa un calendario para convocar las plazas vacantes en los años 2010 a 2012, que no fue ejecutado en relación con la plaza ocupada por el trabajador. El 13 de diciembre de 2012 se firmó un nuevo acuerdo entre la gerencia de la UNED y las organizaciones sindicales sobre ordenación de los recursos humanos, sin que tampoco se hiciera convocatoria alguna de la plaza del trabajador. El 14 de diciembre de 2019 se aprobó una oferta de empleo público extraordinaria de consolidación que incluyó la plaza del trabajador y la convocatoria de dicha plaza estaba prevista para el segundo semestre de 2021.

Sobre estos hechos probados la sentencia del Juzgado de lo Social desestima la demanda y la pretensión de reconocimiento de fijeza con fundamento en que la sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Madrid de 29 de septiembre de 2001 dictada en autos 376/2001 declaró que el trabajador tiene la condición de “indefinido no fijo” y dicha declaración produce efectos de cosa juzgada sobre el presente procedimiento.

TERCERO.- La sentencia del Juzgado de lo Social ha sido recurrida en suplicación ante esta Sala por la letrada D^a Delfina Puente González, actuando en nombre y representación de D. XXX. El indicado recurso se fundamenta en un único motivo señalando que se vulneran los artículos 14, 23.2 y 103 de la Constitución Española, 15.3 y 54 y 55 del

Estatuto de los Trabajadores, 11.1 y 70 del Estatuto Básico del Empleado Público, así como de la Directiva 1999/70 CE y su Acuerdo Marco anexo sobre trabajo temporal.

Sostiene el demandante que lleva 27 años desempeñando el mismo puesto de trabajo con contratos temporales y que su declaración de fijeza (que no implica su reconocimiento como funcionario, sino solamente como laboral fijo) es conforme con los artículos 14, 23.2 y 103 de la Constitución, ya que por un lado “la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, puesto que, por una parte, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el tiempo de servicio puede reflejar la aptitud o la capacidad para desarrollar una función o empleo público y suponer además en ese desempeño unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados” y por otra parte “en el caso concreto del actor, fue contratado tras una entrevista y una prueba práctica y ha desarrollado el puesto de trabajo durante 27 años y siete meses”. Después dice que el fundamento de su pretensión no lo constituye exclusivamente lo resuelto en la sentencia del año 2001, sino en lo sucedido con posterioridad, alegando que el despido practicado por la UNED fue declarado nulo y que además es representante legal de los trabajadores y continúa siéndolo, que su consideración como indefinido no fijo tras la readmisión, que se ha mantenido hasta la actualidad, hace que la Administración se encuentre “al margen de la ley” puesto que con ello se vendría a “perpetuar la situación de abuso en la contratación”. Después alega la normativa de la Unión Europea, puesto que invoca la Directiva 1999/70 CE y de su Acuerdo Marco sobre trabajo temporal y se cita la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2018 (asunto C-331/17), en concreto su apartado 60:

“Para que pueda ser considerada conforme con el Acuerdo Marco una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe, al sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada el ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate, debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar, y en su caso sancionar, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en el presente supuesto, tal y como se ha acreditado, no existe tal medida alternativa que sea lo suficientemente eficaz y disuasoria.”

Dice que “la figura del indefinido no fijo no deja de implicar una temporalidad contraria a la Directiva” y que durante todos los años posteriores a la declaración del trabajador como indefinido no fijo y que “hasta el día de la reclamación presentada por D. XXX no existía una medida eficaz y disuasoria que evitara la utilización fraudulenta de la temporalidad”. Añade que “el concurso-oposición no cumple los requisitos de la Directiva y viene a agravar el abuso cometido durante estos 27 años, ya que al ser proceso abierto no garantiza al trabajador la estabilidad en el empleo” (cita auto del TJUE de 2 de junio de 2021) y que en el caso de que su contrato se extinga cuando se cubra su plaza en el proceso de selección si es adjudicada a otra persona él tendrá 63 años de edad, por lo que sus expectativas de encontrar otro empleo serán muy escasas. En definitiva sostiene que el contrato de indefinido no fijo implica una situación de temporalidad en la contratación sine die que supone una vulneración de la Directiva citada. Ello debe valorarse en el contexto de la ausencia de medidas eficaces y disuasorias en la legislación española, entre las cuales no puede considerarse que se encuentre la convocatoria del concurso-oposición veinte años después, que no garantiza la adjudicación de la plaza que viene ocupando durante 27 años, de naturaleza estructural y fija en la UNED, por lo cual la única consecuencia puede ser el

reconocimiento de fijeza, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El recurso de suplicación fue impugnado por el Abogado del Estado, en representación de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), alegando que la sentencia recurrida desestima la pretensión del trabajador por entender que la sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Madrid de 29 de septiembre de 2001 dictada en autos 376/2001 ya declaró que el trabajador tiene la condición de “indefinido no fijo” y que dicha sentencia produce efectos de cosa juzgada sobre el actual proceso conforme al artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y dicho pronunciamiento no es combatido por el recurrente. Después alega que en todo caso la figura del trabajador indefinido no fijo aparece hoy en día recogida en la legislación positiva, en concreto en los artículos 8 y 11 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y por tanto no se produce ninguna vulneración legal cuando se reconoce a un trabajador dentro de tal categoría. Después alega que el reconocimiento de fijeza al trabajador, al no haber superado nunca ningún proceso selectivo para el acceso al empleo en la UNED, supondría “una clara oposición con los principios de igualdad, mérito y capacidad, que configuran el acceso al empleo público de los ciudadanos, y que vienen reconocidos, no solo a nivel de legalidad ordinaria, sino también en el plano constitucional, en el artículo 103.3 y 23.2 de la Constitución española”, citando la jurisprudencia al respeto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Después dice que la aplicación de la cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE que interpreta la misma no afecta al actor, puesto que no existe una utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales temporales, sino que el trabajador es de forma continuada “indefinido no fijo” desde 2001. Y por otra parte alega que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la sanción por el incumplimiento de la Directiva no es la transformación automática de la relación laboral en fija, sino que se “puede reconocer al personal afectado, por un lado, un derecho a continuar en el puesto de trabajo hasta que el empleador haya estudiado, como le corresponde, las necesidades de personal y haya cumplido las obligaciones que de ello se derivan, y, por otro lado, un derecho a una indemnización completa de los perjuicios que le haya causado el abuso” y “estas medidas deben ir acompañadas de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio”, de manera que “cabría pensar en una obligación adicional de pago de una indemnización por un importe a tanto alzado suficientemente disuasorio” y han de ser los órganos judiciales nacionales quienes valoren “si la indemnización por despido improcedente satisface esas exigencias (cuestión prejudicial sexta en el asunto C-103/18 y cuestiones prejudiciales cuarta, quinta, sexta y séptima en el asunto C-429/18)”. Finalmente dice que la solución a los problemas de temporalidad en la Administración Pública se están intentando solucionar mediante “procedimientos de consolidación de empleo” que se encuentran en tramitación y no pueden ser eludidos mediante la obtención de la fijeza por vía judicial sin pasar por tales procedimientos y superar los mismos, de manera que lo que debe hacer el recurrente es “participar en el proceso de consolidación convocado, con valoración de sus méritos – incluida experiencia – y en los términos exigidos por la propia Negociación Colectiva, que NO puede vulnerarse – arts. 37 CE y 82 y ss. ET”.

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 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. Sin embargo en su escrito de alegaciones previas sobre el eventual planteamiento de la cuestión prejudicial el Abogado del Estado que representa y defiende a la recurrida UNED alega que no debe plantearse la cuestión prejudicial sometida a consideración por la Sala por varios motivos:

- a) Porque las cuestiones del Derecho de la Unión que se suscitan no son relevantes para dictar sentencia porque no estamos ante una sucesión de contratos temporales, “sino ante un trabajador cuya relación laboral ya fue calificada en sentencias anteriores como indefinido no fijo, aplicándose por tanto las normas de los arts 222.4 LEC y 8 y 11 EBEP (RDecLeg 5/2015)”.
- b) Que la regulación aplicable al caso (las alegaciones se refieren a “la citada” anteriormente, esto es, a “los arts 222.4 LEC y 8 y 11 EBEP -RDecLeg 5/2015”) es de Derecho interno, cuya interpretación no es competencia del TJUE ni puede ser objeto de cuestión prejudicial.

- c) Que “NO existen dudas sobre la interpretación y aplicación de la normativa comunitaria y así lo reconoce la propia Providencia de 20-October- 2021 en el apartado F), por cuanto que la Sentencia TJUE de 3-Junio-2021 (asunto C- 726/2019) no es que “parezca dar a entender”, sino que expresamente manifiesta en el apartado 85, que la consideración de “indefinido no fijo”, establecida LEGAL (arts. 8 y 11 EBEP) y no jurisprudencialmente, es suficiente para “resarcir al trabajador temporal que ha visto prolongada la temporalidad abusivamente”, aplicándose el Principio de Interpretación Conforme. Hay por tanto, “Acto Claro”.
- d) Que existe un claro cumplimiento de la Directiva por el Reino de España porque La Disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018 (de vigencia indefinida conforme a su apartado Cinco) menciona Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral) y porque el Real Decreto Ley 14/2021, de 6 de Julio por una parte en su art. 2 y la Disposición Transitoria Primera regula “los procesos de Estabilización de Empleo temporal ya convocados” y por otra parte su artículo 1.3 introduce una nueva Disposición adicional decimoséptima del EBEP R.D. Legislativo 5/2015 que regula “medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público”. Por otra parte la cuestión es clara, se dice, porque “la cuestión ha sido resuelta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español, con aplicación del Principio de Interpretación conforme, y considerando, precisamente, que los Procesos de Consolidación (que el actor y recurrente trataría de estar evitando) tienden al cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE y aplicando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad de los arts. 23 y 103 CE sostiene (entre otras STS 12-5-20, rec 2745/18)”.

Finalmente se solicita que, “para el eventual caso en que se decida el planteamiento de “Cuestión Prejudicial”, se solicita que la misma sea acompañada de las Alegaciones formuladas sobre ella por la Abogacía del Estado, precisando y añadiendo en cuanto a su planteamiento” una serie de cuestiones.

En el mismo sentido en el escrito de alegaciones del trabajador recurrente, aunque éste se muestra favorable al planteamiento de la cuestión prejudicial, también pide una serie de modificaciones en el planteamiento de la misma propuesto por la Sala en su providencia solicitando alegaciones.

TERCERO.- Debemos resolver sobre la procedencia de plantear la cuestión prejudicial analizando las alegaciones en contra de la misma realizadas por el Abogado del Estado.

La primera de ellas es que las cuestiones del Derecho de la Unión que se suscitan no son relevantes para dictar sentencia porque no estamos ante una sucesión de contratos temporales, “sino ante un trabajador cuya relación laboral ya fue calificada en sentencias anteriores como indefinido no fijo, aplicándose por tanto las normas de los arts 222.4 LEC y 8 y 11 EBEP (RDecLeg 5/2015)”.

En esta alegación se mezclan dos cuestiones diferentes, la primera relativa a la cosa juzgada (artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y la segunda relativa a la aplicación de una norma con rango de Ley como es el Real Decreto Legislativo 5/2015, de

30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (artículos 8 y 11).

En relación con la primera la sentencia de instancia apreció la existencia de cosa juzgada y por ello desestimó la demanda. El fundamento del fallo desestimatorio de la sentencia recurrida es que la sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Madrid de 29 de septiembre de 2001, dictada en autos 376/2001, ya declaró que el trabajador tiene la condición de “indefinido no fijo” y dicho pronunciamiento de una sentencia firme vincula a los órganos judiciales que han de pronunciarse en el futuro sobre la misma cuestión. De esta manera, según se deduce del razonamiento del Abogado del Estado, si lo que ha de resolverse en este recurso de suplicación es si la cosa juzgada fue aplicada o no correctamente, tal cuestión es ajena al Derecho de la Unión y no puede suscitarse por vía de cuestión prejudicial, máxime cuando se plantea un problema procesal y es que en su recurso de suplicación el trabajador articula un único motivo de suplicación y en el mismo no denuncia expresamente la vulneración del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que debiera bastar para desestimar su recurso.

Se plantean así, en relación con este tema de la cosa juzgada, dos problemas distintos, uno de naturaleza procesal y otro de naturaleza material.

CUARTO.- El problema procesal consiste en que, efectivamente, el trabajador en su recurso no plantea expresamente como motivo de suplicación la vulneración del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que regula el instituto de la cosa juzgada material, sino simplemente “de los artículos 14,23.2,103 de la Constitución Española, el artículo 15.3 y 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores, de los artículos 11.1 y 70 del EBEP, así como de la Directiva 1999/70 CE y de su Acuerdo Marco sobre trabajo temporal”. El recurso de suplicación en este punto presenta una clara deficiencia, puesto que desconoce el criterio procesal propio de un recurso extraordinario, esto es, que para que el recurso pueda tener éxito en él deben combatirse necesariamente los fundamentos de la resolución judicial que se recurre, además de aportar, mediane los correspondientes motivos, los fundamentos que apoyen el pronunciamiento que en su lugar se pretende en el suplico del recurso. Ahora bien, la cuestión es si ese defecto, en el caso concreto, es suficiente para desestimar el recurso, puesto que en la argumentación del único motivo, aunque no se haya citado la vulneración del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dice que la sentencia del año 2001 (que es la que produciría la cosa juzgada) sería contradictoria con la posterior sentencia que declaró la nulidad del despido practicado y con las resoluciones que determinaron la readmisión, así como que con posterioridad se ha mantenido la condición de indefinido no fijo y la Administración no ha hecho convocatoria alguna de la plaza, manteniendo la situación de temporalidad durante muchos años después de aquella sentencia de 2001. Esto es, en este caso, aunque no se denuncia formalmente la vulneración del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la sentencia de instancia, sí se argumenta en concreto la existencia de hechos posteriores a la sentencia del año 2001 que impedirían aplicar el principio de cosa juzgada.

En relación con este tema caben dos posibles interpretaciones de las exigencias procesales del artículo 196.2 de la Ley de la Jurisdicción Social (“En el escrito de interposición del recurso, junto con las alegaciones sobre su procedencia y sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos, se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la

jurisprudencia que se consideren infringidas. En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos”).

Una primera interpretación sería estricta, de manera que en el recurso de suplicación no operaría el principio “iura novit curia” y la Sala no podría aplicar ningún otro precepto o doctrina jurisprudencial que los invocados por las partes en sus escritos de suplicación, impugnación y, en su caso, dúplica (artículo 197.2 de la Ley de la Jurisdicción Social). En tal caso la falta de cita del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el recurso de suplicación impediría su estimación sin necesidad de ulterior análisis, lo que haría innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial.

La segunda interpretación arrojaría una mayor flexibilidad en cuanto a las exigencias formales de la cita de preceptos infringidos. Es decir, en el marco del recurso de suplicación, pese a la mayor exigencia de congruencia externa entre los motivos de recurso y de impugnación y la resolución del órgano judicial que la que ha de aplicarse en la instancia en relación con la demanda (puesto que hay que recordar que en la instancia el artículo 80 de la Ley de la Jurisdicción Social no exige a la demanda inicial que contenga fundamentos de Derecho, a diferencia de las previsiones de los artículos 193, 196 y 197 para el recurso de suplicación y además no existe una contestación escrita del demandado antes del juicio oral), sigue rigiendo el principio “iura novit curia” y por tanto el órgano judicial puede aplicar las normas o jurisprudencia vigentes aunque no hayan sido alegadas por las partes, siempre manteniendo la congruencia con lo expuesto en los motivos de suplicación. Ese principio de congruencia lo que exige es que la cuestión sobre la que la Sala entra a resolver está materialmente planteada por las partes en sus escritos procesales de recurso, impugnación o dúplica, aún cuando no se invoquen las normas que el órgano judicial de suplicación considera que ha de aplicar para resolver la misma. Y por ello la exigencia de citar en el recurso “las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas” no puede entenderse como una prohibición a la Sala de entrar a resolver sobre la aplicación de otras normas o jurisprudencia diferentes, siempre y cuando se razone “la pertinencia y fundamentación de los motivos”.

Esta última interpretación, que es la seguida mayoritariamente por los Tribunales Superiores de Justicia es más conforme con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), que es incompatible con formalismos irrazonables, así como con los principios del proceso social que positiviza el artículo 74 de la Ley de la Jurisdicción Social. El límite es la indefensión de la parte contraria, pero esta no se produce si en el recurso se hace una argumentación suficiente que explique el motivo y permita su contestación, que es lo que aquí ocurre, puesto que cuando se argumenta en el recurso que la sentencia del año 2001 se ve superada con posterioridad por la sentencia que declaró el despido nulo y la readmisión, así como por la duración de la situación posterior y por la posterior jurisprudencia del TJUE, con ello, desde el punto de vista formal, es suficiente para identificar la argumentación que se emplea contra la apreciación de la cosa juzgada en la sentencia recurrida, aunque no se haya invocado el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como precepto infringido, lo que la parte en rigor debería haber hecho si hubiera extremado su diligencia para cumplir con las formalidades procedimentales de la suplicación.

QUINTO.- Resuelto así el problema formal, lo que la Sala debe plantearse es si materialmente el efecto de cosa juzgada de la sentencia del año 2001 vincula al órgano

judicial y le impone la desestimación de la demanda o si, por el contrario, al desestimar la demanda se han vulnerado los preceptos y jurisprudencia invocados por el recurrente en su recurso, que impondrían, a su entender, su condición de trabajador fijo y no la de indefinido no fijo. En relación a este punto debemos hacer algunas observaciones previas:

- a) Aunque la sentencia recurrida es imprecisa sobre cuál de los dos institutos de la cosa juzgada material contenidos en el artículo 222 está aplicando (la cosa juzgada material en sentido negativo o excluyente de un segundo proceso sobre un tema ya resuelto o la cosa juzgada material en un sentido positivo o vinculante, cuando una cuestión ya resuelta en una sentencia firme anterior se plantee como cuestión previa en un ulterior proceso), la referencia que se hace al “efecto vinculante del instituto de la cosa juzgada” que se hace al final del fundamento segundo parece que nos lleva al concepto positivo o vinculante regulado en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como así lo entiende también la Administración impugnada, según resulta tanto de su escrito de impugnación como de las alegaciones que hace sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial. Esta precisión es importante, porque la diferencia entre ambos estriba en la diferencia de los objetos de enjuiciamiento. Mientras que en el caso de la cosa juzgada negativa o excluyente se exige que el objeto sea idéntico, de manera que estemos ante una reproducción de la misma pretensión sobre los mismos hechos y entre las mismas partes que ya ha sido resuelta por una sentencia firme anterior, en el caso de la cosa juzgada positiva o vinculante no existe tal identidad de objeto del litigio, sino una identidad parcial, de manera que la coincidencia no se produce en lo que es objeto principal de la pretensión actual, sino que lo ya resuelto anteriormente se eleva como una premisa previa del razonamiento judicial que ha de resolverse necesariamente para enjuiciar la pretensión principal y por ello aquello ya resuelto debe ser respetado incluso como premisa. Mientras que la cosa juzgada material negativa impide enjuiciar por segunda vez el mismo asunto, la cosa juzgada material positiva no produce tal impedimento, sino que impone una solución obligada a una determinada cuestión que se presenta como previa en el segundo proceso. En ese sentido, dado que en el proceso del año 2001 se discutió la naturaleza jurídica de la relación laboral entre las partes como fija y en el proceso actual se discute eso mismo, no siendo controvertida la continuidad de dicha relación laboral, la inserción del problema dentro del instituto de la cosa juzgada positiva o vinculante es contradictoria con la apreciación que hace la sentencia de instancia de no consta “que las circunstancias hayan variado, ni las fácticas, ni las jurídicas”. Si así fuese, dada la identidad material de la pretensión primera, debiera haber aplicado la cosa juzgada en sentido negativo o excluyente. Solamente cabría acudir a la cosa juzgada en sentido vinculante o positivo si entendiésemos que en esta segunda sentencia no es posible volver a analizar si la relación laboral ha devenido fija en virtud de la sucesión de contratos temporales que ya fue analizada en la sentencia de 2001 y por tanto la pretensión de la parte y la propia cognición del órgano judicial quedaría limitada a determinar si esa consecuencia se deriva exclusivamente de la contratación, hechos y normas posteriores en el tiempo. Pero la sentencia no sigue esa vía de razonamiento. Por lo demás ni en el escrito de impugnación, ni en las alegaciones sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de la UNED, se plantea la cuestión de la eventual cosa juzgada negativa, pero el mismo espíritu antiformalista propio del orden jurisdiccional social antes aplicado en beneficio de la parte recurrente en este caso beneficia a la recurrida, porque aún cuando pudiese haber error en la identificación

del precepto aplicable (el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil versus el artículo 222.1 de la misma), dado que la argumentación material de la parte recurrente llevaría a considerar existente una cosa juzgada excluyente o negativa, la Sala habría de acogerla así en virtud del principio *iura novit curia* si hubiera motivos para ello, lo que se analizará después.

- b) Dado que entre las normas y jurisprudencia invocadas como infringidas se encuentran normas del Derecho de la Unión (la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE) y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la eventual contraposición entre el principio de cosa juzgada (tanto si es excluyente como si es vinculante) derivado de la aplicación de la legislación nacional (artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y la aplicación de esas normas y jurisprudencia del Derecho de la Unión se convierte en una cuestión propia del Derecho de la Unión, consistente en la aplicación del principio de primacía de este último sobre el Derecho procesal nacional, esto es, si en caso de conflicto entre la institución de la cosa juzgada y las normas y jurisprudencias del Derecho de la Unión debe prevalecer la cosa juzgada y en qué condiciones, teniendo además en cuenta la eventual vinculación del respeto a la cosa juzgada con el derecho a la tutela judicial efectiva que también garantiza el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, aplicable en este caso, al tratarse de aplicación del Derecho de la Unión. Esta cuestión de la contraposición entre la cosa juzgada y la aplicación de las normas y del Derecho de la Unión por sí misma podría ser objeto de una cuestión prejudicial debe enmarcarse en los principios expresados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversas sentencias, de la que podemos mencionar la dictada el 6 de octubre de 2009 en el asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones* (apartados 35 a 39), en la que se ocupa de “recordar, de entrada, la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada”, puesto que, “con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para el ejercicio de dichos recursos (sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01, Rec. p. I-10239, apartado 38; de 16 de marzo de 2006, *Kapferer*, C-234/04, Rec. p. I-2585, apartado 20, y de 3 de septiembre de 2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, Rec. p. I-0000, apartado 22)”. Por ello, dice el TJUE, “el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, del Derecho comunitario por la resolución en cuestión (véanse, en particular, las sentencias de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, Rec. p. I-3055, apartados 47 y 48; *Kapferer*, antes citada, apartado 21, y *Fallimento Olimpiclub*, antes citada, apartado 23)”. También dice el TJUE que “a falta de normativa comunitaria en la materia, el sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada se rige por el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de éstos”, pero “no obstante, no debe ser menos favorable que la normativa correspondiente a reclamaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no debe estar articulado de tal manera que haga imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véanse en particular,

las sentencias, antes citadas, Kapferer, apartado 22, y Fallimento Olimpclub, apartado 24)”. Y, por lo que respecta al principio de efectividad, “ha de recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales” y “desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (sentencias de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck, C-312/93, Rec. p. I-4599, apartado 14, y Fallimento Olimpclub, antes citada, apartado 27)”. Por tanto la aplicación del principio de cosa juzgada con arreglo al ordenamiento jurídico interno debe ser sometido a una revisión crítica en virtud del principio de efectividad, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Pero en este litigio, como veremos más adelante, en atención a las circunstancias del mismo no va a ser necesario realizar tal análisis, porque no vamos a apreciar la existencia de cosa juzgada con arreglo a las normas del Derecho Nacional, de manera que no puede existir ninguna eventual contradicción entre las mismas y el indicado principio de efectividad.

SEXTO.- Entrando por tanto en la aplicación al caso del instituto de la cosa juzgada excluyente o negativa que pueda haber producido el hecho de que la sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Madrid de 29 de septiembre de 2001, dictada en autos 376/2001, ya declaró que el trabajador tiene la condición de “indefinido no fijo”, debemos recordar que, aunque las partes sean las mismas (identidad subjetiva), no puede aplicarse el principio de cosa juzgada excluyente cuando no existe también identidad objetiva, esto es, los hechos que han de ser enjuiciados son “nuevos y distintos”. Aclara el artículo 222.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen”. Por otra parte tampoco cabe alegar cosa juzgada cuando el litigio ha de ser resuelto con arreglo a normas posteriores, que no pudieron ser invocadas en el procedimiento en el que se produjo la primera sentencia, independientemente de que pueda cuestionarse la eventual aplicación retroactiva de estas normas nuevas, que es una cuestión diferente.

Esta Sala no considera (y en esto coincide completamente con la sentencia de instancia) que la ejecución de la sentencia que declaró el despido nulo y lo ocurrido con la readmisión del trabajador sea un hecho relevante en orden a alterar la calificación de la relación laboral decidida en la sentencia de 2001 como de indefinido no fijo. La readmisión tras la nulidad del despido ha de producirse en las mismas condiciones que regían antes del mismo y si la relación era fija seguirá siendo fija, pero si era temporal también lo seguirá siendo, no alterándose por ello su naturaleza por el mero hecho de la declaración de nulidad del despido ni por la readmisión. Por tanto es un hecho irrelevante para oponer a la aplicación del principio de cosa juzgada.

Sin embargo sí son relevantes estas otras circunstancias:

- a) Existen normas nuevas que han de aplicarse al actual litigio. La principal es la Directiva 1999/70/CE, que no era de aplicación al litigio resuelto en el año 2001, porque la pretensión de fijeza allí se entabló mediante una demanda anterior al 10 de

julio de 2001, fecha en la que terminaba el plazo para que el Estado español incorporase la Directiva. De hecho esa incorporación se hizo esencialmente a partir del Real Decreto-ley 5/2006 (puesto que la Ley 12/2001 no puede considerarse como tal), de manera que las previsiones que se introdujeron en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores constituyen otra norma nueva. El propio Abogado del Estado cita en su argumentación sobre la cosa juzgada otras normas nuevas, como son los artículos 8 y 11 del texto refundido de 2015 del Estatuto Básico del Empleado Público (que recogen los artículos 8 y 11 de la Ley 7/2007, también posterior a 2001). Por tanto el marco jurídico en el que hoy ha de resolverse la pretensión del trabajador es diferente sustancialmente al aplicable en el año 2001 cuando se sustanció el anterior litigio en el que recayó la sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Madrid;

- b) Existe jurisprudencia nueva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha de aplicarse para resolver el presente litigio, puesto que, como se verá, todas las sentencias dictadas por dicho tribunal interpretando la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE son posteriores a 2001. Es cierto que tradicionalmente se considera que la fijación de doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de una norma preexistente no constituye ningún cambio normativo que permita excepcionar el principio de cosa juzgada material, puesto que la función de los tribunales a través de sus sentencias no es la de innovar el ordenamiento jurídico, que permanece el mismo antes y después de las mismas, sino de interpretar el contenido del mismo a efectos de resolver los conflictos que se someten a su conocimiento. Sin embargo este principio tradicional ha sido relativizado posteriormente, sobre todo a efectos de aplicar el principio de cosa juzgada material en su vertiente positiva o vinculante, pero no exclusivamente, para tomar en consideración el importante papel que en la conformación del ordenamiento jurídico tienen determinadas sentencias judiciales, al dar una interpretación con vocación de permanencia y generalidad a las normas, en ocasiones de gran relevancia pública, más todavía cuando dicha interpretación se produce en un contexto previo de interpretaciones divergentes y contradictorias previas entre órganos judiciales. Este criterio ha sido acogido por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en dos sentencias de 8 de septiembre de 2020 (RCUD 1719/2018 y 2645/2018), seguida de otras que reiteran el mismo criterio y dicen:

“Reiterados pronunciamientos de este Tribunal explican que lo resuelto en una sentencia de conflicto colectivo no puede eludirse por el mero hecho de que con anterioridad se haya emitido otro pronunciamiento firme que pueda perjudicar a quienes se anticiparon en la reclamación individual, máxime cuando las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo vienen a dar sentido y alcance a la norma cuestionada, extendiendo su aplicación a todos los afectos, con categoría de norma para todos ellos. En ese sentido se han pronunciado las sentencias del TS de 19 de julio de 2018, recurso 903/2017 (Pleno); 20 de julio de 2018, recurso 2335/2017 (Pleno); 18 de diciembre de 2018, recurso 710/2017; y 11 de septiembre de 2019, recurso 1650/2017. Esta última compendia la doctrina jurisprudencial, basada en los principios siguientes:

- 1) Preeminencia de las soluciones colectivas: cuando concurren sentencias contradictorias y con fuerza de cosa juzgada sobre un mismo tema ha de prevalecer*

el criterio de la recaída en conflicto colectivo "porque en el Derecho Laboral coexisten "la presencia preeminente del aspecto colectivo, tanto en el carácter social de los sometidos a él, como en el interés público que lo informa, y en la especial significación e intervención que en el proceso laboral tienen las instituciones que representan y gestionan los intereses colectivos -organizaciones de obreros y patronos-... Ya en esta línea ha de enmarcarse el artículo 157.3 de la Ley de Procedimiento Laboral [actual art. 160.5 LJS], pues, éste es un precepto que, de modo claro, indica la preeminencia en el Derecho Laboral del proceso colectivo frente al individual".

2) La cosa juzgada no puede suponer que resulte perjudicado quien acudió a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho con carácter previo al proceso colectivo cuando se reclaman periodos de tiempo distintos: "las razones de seguridad jurídica que sustentan el instituto de la cosa juzgada cierran el paso, sin duda, a la eventualidad de reabrir litigios ya decididos por el hecho de que la jurisprudencia haya establecido una nueva doctrina, o haya matizado doctrina anterior, o incluso haya modificado la tesis acogida en anteriores pronunciamientos" (SSTS 13/06/08 -rcud 809/07-; y 21/01/10 -rcud 57/09-), no es menos cierto que "el instituto de la cosa juzgada no puede ser justificación para que ... [se] depare un peor tratamiento a ... [quienes] se encuentran en idéntica situación y que se verían perjudicados por el único hecho de haber acudido a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho" con carácter previo".

3) La sentencia colectiva tiene efectos cuasi normativos porque define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada. Por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto: "se trata de una prejudicialidad que presenta unas connotaciones tan específicas que muy bien podría calificarse de prejudicialidad normativa, en tanto en cuanto la sentencia que se dicta en el proceso de conflicto colectivo define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto, pero con categoría de norma para que cada uno, tomando tal sentencia en su declaración de premisa "iuris", pueda ejercitar las pertinentes acciones individuales de condena bajo el amparo de aquella sentencia que puso fin al proceso de conflicto colectivo" [...] Y que el efecto de cosa juzgada previsto en tal precepto (el art. 160.5 de la LRJS) "da a la sentencia colectiva [...] un efecto especial de carácter regulador o, como dijo nuestra sentencia de 30 de junio de 1994 , normativo, en la medida en que "...define el sentido en el que ha de interpretarse la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto".

El criterio por tanto es que las sentencias recaídas en procedimientos de conflicto colectivo deben primar sobre el principio de cosa juzgada derivado de sentencias firmes recaídas en litigios individuales anteriores a las mismas, debido al "carácter regulador" y los efectos "cuasi normativos" de la sentencia dictada en procedimiento de conflicto colectivo, puesto que la misma "define el sentido en el

que ha de interpretarse la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto”. Por tanto se confiere a dichas sentencias el mismo valor para su oposición al principio de cosa juzgada que tendría una nueva norma jurídica.

Este mismo criterio debe aplicarse, a juicio de esta Sala, a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en cuestiones prejudiciales, por dos razones conjugadas: Primero porque, al igual que ocurre con las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo, se trata de sentencias cuasi normativas en las que el TJUE decide sobre la validez de una norma del Derecho derivado de la Unión o sobre la interpretación de una norma del Derecho originario o derivado de la Unión. Aunque el órgano judicial nacional plantee la cuestión prejudicial con ocasión de un litigio entre partes concretas, el procedimiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, tal y como está configurado por el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cobra independencia del caso concreto y la función del TJUE no es resolver el mismo, sino proporcionar al órgano nacional una respuesta de carácter general sobre la validez o interpretación de una norma del Derecho de la Unión, respuesta que se hace pública por el TJUE (artículo 92 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia) y más allá de sus efectos sobre el proceso concreto nacional donde se planteó la cuestión pasa a formar parte del acervo del Derecho de la Unión y afecta a su validez o interpretación por todos los órganos judiciales en todos los Estados miembros. De ahí que la intervención en el correspondiente procedimiento no se limite a las partes del litigio, sino que cobren un papel protagonista las instituciones de la UE y los Estados miembros (artículo 96 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia). Se trata por tanto de una sentencia “cuasi normativa”, que “define el sentido en el que ha de interpretarse la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos” los incluidos en su ámbito. Siendo esto así, entra en juego como límite a la aplicación del principio de cosa juzgada derivado del Derecho interno el principio de equivalencia, conforme a la anteriormente citada sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 en el asunto C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, según el cual la aplicación que se haga del principio de cosa juzgada cuando se trata de aplicar el Derecho de la Unión “no debe ser menos favorable que la normativa correspondiente a reclamaciones similares de carácter interno” y por ello si una sentencia de conflicto colectivo, tal y como ha fallado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, prima sobre el efecto de cosa juzgada producido por una previa sentencia recaída en conflicto individual, debido a su carácter cuasi normativo, esa misma primacía sobre el principio de cosa juzgada ha de conferirse, al menos en el ámbito del orden jurisdiccional social, a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en cuestiones prejudiciales.

Por tanto, además de la Directiva 1999/70/CE y sus normas internas de incorporación al Derecho Español, hay que tener en cuenta, frente al principio de cosa juzgada de aquella sentencia del 2001, la jurisprudencia del TJUE recaída, todo ello con posterioridad al año 2001, lo que implica que el marco jurídico en el que ha de resolverse sobre la naturaleza del contrato del trabajador en el año 2021 sea radical

y sustancialmente diferente al marco jurídico vigente en el año 2001, cuando fue declarado indefinido no fijo.

- c) Finalmente existen hechos nuevos relevantes para aplicar la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE, puesto que, sin prejuzgar las cuestiones del caso, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que después analizaremos, el transcurso de casi veinte años en los que el trabajador, tras la sentencia del año 2001, ha permanecido contratado como indefinido no fijo, haciendo abstracción de todos los contratos anteriores al año 2001 que ya fueron enjuiciados, podría justificar por sí solo la declaración de que se ha vulnerado la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Por tanto desde el punto de vista material no puede estimarse que exista en este caso cosa juzgada en sentido negativo o excluyente, de manera que la Sala de suplicación ha de entrar en el análisis del fondo jurídico del asunto para dictar su sentencia y al analizar ese fondo jurídico se encuentra con la cuestión relativa a la aplicación del Derecho de la Unión que justifica el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Solamente cabría aplicar un efecto vinculante de la cosa juzgada derivado de la sentencia del año 2001, para excluir que el trabajador hubiera ganado la condición de trabajador fijo (y no de indefinido no fijo) considerando solamente los contratos anteriores a esa fecha y que ya fueron enjuiciados en su momento, pero como esa situación, cuando se presenta la demanda que dio lugar a aquella sentencia, era anterior al 10 de julio de 2001, fecha en la que finalizó el plazo que tenía el Reino de España para incorporar la Directiva 1999/70/CE, la aplicación de ese efecto positivo de cosa juzgada respecto a situaciones previas a la fecha final de incorporación de la Directiva no afecta a la aplicación del Derecho de la Unión. El resultado es que, por el efecto positivo de cosa juzgada material, la declaración de fijeza pretendida no puede fundarse ni exclusiva ni fundamentalmente en los contratos temporales anteriores a la sentencia de 2001, pero sí puede fundarse en todo lo ocurrido con posterioridad. La cuestión prejudicial se refiere a esto último, no a lo anterior, puesto que en relación con aquellas contrataciones anteriores a 2001 ni siquiera juega ningún papel la Directiva 1999/70/CE ni el Derecho de la Unión.

SÉPTIMO.- La segunda parte de la primera causa de oposición que se eleva por el Abogado del Estado frente al planteamiento de la cuestión prejudicial es que sostiene que en este caso la sentencia ha aplicado normas de Derecho interno con rango de Ley que regulan la figura del trabajador indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas, en concreto los artículos 8 y 11 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Este argumento lo reitera después en una segunda alegación en la que dice que los artículos 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 8 y 11 del Estatuto Básico del Empleado Público son de Derecho interno y su interpretación no es competencia del TJUE ni puede ser objeto de cuestión prejudicial.

Evidentemente no puede ser objeto de la cuestión prejudicial la interpretación de dichas normas de Derecho interno, pero no es éste el caso de ninguna de las cuestiones planteadas por la Sala y sometidas a alegaciones de las partes, puesto que todas ellas van referidas a normas del Derecho de la Unión. Es evidente que puede haber una contradicción entre las normas del Derecho de la Unión y las normas de Derecho interno, pero no por ello

queda excluido el planteamiento de la cuestión prejudicial, sino antes al contrario, por lo siguiente:

- a) Es materia propia de la cuestión prejudicial la interpretación de las normas del Derecho de la Unión incluyendo la posibilidad de preguntar al TJUE si las normas se oponen a normas de Derecho interno. En tal caso la interpretación del contenido y significado de la norma de Derecho interno no es otra que la que el órgano judicial nacional que plantea la cuestión prejudicial proporciona al TJUE en el seno de la misma. Si tal interpretación de la norma nacional fuese incorrecta, la misma podrá ser corregida posteriormente por las vías de recurso internos, sin que sea competencia del TJUE en modo alguno corregir dicha interpretación. Por tanto si las cuestiones que va a plantear la Sala al TJUE se refieren a la interpretación de la Directiva 1999/70/CE, aún cuando ésta pueda oponerse al contenido de la norma nacional (si fuera el caso), ello no sería ningún motivo para dejar de plantear la cuestión prejudicial.
- b) La jurisprudencia del TJUE dice que el órgano jurisdiccional nacional está obligado a dejar sin aplicación, sin solicitar o esperar previamente su derogación por el legislador, cualesquiera disposiciones de la normativa nacional, sea cual sea su rango, contrarias al Derecho de la Unión y, como precisa claramente en la sentencia de 19 de enero de 2010 C-555/07, Küçükdeveci, esa obligación es independiente de que decida plantear o no una cuestión prejudicial ante el TJUE, de manera que (sentencia de 22 de junio de 2010 en los asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, Melki y Abdeli) un sistema de control de constitucionalidad de las leyes concentrado en un Tribunal Constitucional, para ser compatible con el art 267 TFUE, no debe interferir con la facultad del órgano judicial de plantear cuestiones prejudiciales en cualquier momento y de dejar inaplicada una ley nacional contraria al Derecho de la Unión, aunque el Tribunal Constitucional no la haya declarado inconstitucional. En base a la misma el órgano judicial nacional puede inaplicar directamente una norma del Derecho interno, aunque tenga rango de Ley, sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial. Por ello la eventual contradicción entre la Directiva 1999/70/CE y los artículos del EBEP invocados por el Abogado del Estado o cualesquiera otras normas con rango de Ley podría ser resuelta por la Sala, sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial (en la medida en que no ha sido solicitada por las partes), inaplicando esas normas nacionales, si fuera el caso. Sin embargo, oponiéndose claramente a dicha jurisprudencia del TJUE sobre la extensión de la primacía del Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional español ha dicho que el órgano judicial vulnera el artículo 24 de la Constitución si inaplica una norma con rango de Ley vigente por entenderla contraria al Derecho de la Unión, salvo que eleve previamente una cuestión prejudicial al TJUE para que sea éste el que aprecie la contradicción (sentencias 173/2002, 58/2004, 194/2006, 78/2010 y muy destacadamente lo ha aplicado en la sentencia 37/2019, de 26 de marzo y en la serie de sentencias que reproducen esta última). Por tanto si, como sostiene el Abogado del Estado, los artículos 8 y 11 del Estatuto Básico del Empleado Público obligasen a desestimar la demanda resulta que para inaplicar los mismos, si se considerasen contrarios a la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE, esta Sala estaría obligada, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, a elevar la cuestión prejudicial. Aunque quisiera la Sala no puede

limitarse a aplicar la norma con rango de ley y dejar el tema después para su resolución en vía de recurso por el Tribunal Supremo. Por el contrario la doctrina del Tribunal Constitucional obliga a plantear necesariamente cuestiones prejudiciales ante el TJUE cada vez que aparezca una contraposición entre una norma nacional con rango de Ley y una norma del Derecho de la Unión que no pueda ser resuelta mediante la aplicación del principio de interpretación conforme.

OCTAVO.- Alega igualmente el Abogado del Estado que no procede elevar la cuestión prejudicial al TJUE porque “NO existen dudas sobre la interpretación y aplicación de la normativa comunitaria y así lo reconoce la propia Providencia de 20-October- 2021 en el apartado F), por cuanto que la Sentencia TJUE de 3-Junio-2021 (asunto C- 726/2019) no es que “parezca dar a entender”, sino que expresamente manifiesta en el apartado 85, que la consideración de “indefinido no fijo”, establecida LEGAL (arts. 8 y 11 EBEP) y no jurisprudencialmente, es suficiente para “resarcir al trabajador temporal que ha visto prolongada la temporalidad abusivamente”, aplicándose el Principio de Interpretación Conforme” y “Hay por tanto, “Acto Claro”.

Esta alegación supone confundir el ámbito de aplicación y efectos de la doctrina del TJUE sobre el “acto claro”. El concepto de “acto claro” nace con motivo de la aplicación del precepto contenido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que dice que “cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”. Es decir, que si alguna de las partes pide el planteamiento de una cuestión prejudicial en el marco de un proceso judicial y la resolución judicial que ponga fin al mismo no va a ser susceptible de ulterior recurso, entonces el órgano judicial no solamente puede, sino que está obligado a plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE. Se trata con ello de garantizar la primacía del Derecho de la Unión y que que las partes puedan alegar el mismo ante los tribunales con garantías, hasta el punto de que el incumplimiento de dicha obligación por parte del órgano judicial puede dar lugar a la responsabilidad indemnizatoria del Estado (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2003 en el asunto C-224/01, Köbler y de 9 de septiembre de 2015 en el asunto C-160/14, Ferreira da Silva).

Obviamente esa obligación del órgano judicial tiene límites, puesto que el planteamiento de la cuestión prejudicial ha de ser necesario para resolver el litigio. Así cuando el órgano judicial no precise aplicar la norma controvertida del Derecho de la Unión para resolver el litigio, de manera que ésta no sea relevante, la cuestión prejudicial carece de objeto y no existe tal obligación. Y de la misma manera, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, aunque el órgano judicial precise aplicar la norma de Derecho de la Unión, no está obligado a elevar la cuestión prejudicial cuando no sea necesaria la intervención del TJUE para su interpretación or tratarse de un “acto claro”. Ahora bien, el propio TJUE ha precisado la noción de acto claro de manera restrictiva, diciendo que para poder apreciar su existencia y omitir el planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada por la parte, la interpretación correcta de la norma en cuestión debe ser tan obvia que no deje ningún margen de duda razonable sobre la forma en que la cuestión ha de ser resuelta (STJCE 6-10-1982, C-283/81, CILFIT), o bien la cuestión debe haber sido ya resuelta por el TJUE sin que exista riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la UE (STJUE 15-9-2005, C-

495/03, Intermodal Transports). Por el contrario no puede apreciarse acto claro si existen interpretaciones contradictorias de distintos órganos judiciales del mismo o de otros Estados (STJUE 9-9-15, C-160/14, Ferreira da Silva).

Por tanto la doctrina del acto claro no opera en el sentido que pretende el Abogado del Estado, esto es, para privar al órgano judicial nacional de la facultad de elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino solamente para no imponerle la obligación de hacerlo cuando lo pida alguna de las partes. No puede confundirse una norma que exime de una obligación con una norma que establece una prohibición. La interpretación contenida en las alegaciones del Abogado del Estado llevaría a que si existe una sentencia previa del Tribunal de Justicia estableciendo un criterio, el órgano judicial tendría prohibido elevar una nueva cuestión prejudicial al TJUE. Ese criterio no es el que resulta del artículo 267 TFUE ni de la doctrina del acto claro, y puede observarse, por ejemplo, que su aplicación hubiera llevado a la inadmisión de la cuestión prejudicial planteada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el mismo procedimiento del caso denominando De Diego, la cual dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17), dado que previamente ya se había elevado una cuestión prejudicial exactamente en el mismo caso y sobre la misma materia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había dado lugar a una previa sentencia de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14).

Por el contrario cabe 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 además no existe, como se pretende, un acto claro. Se dice por el Abogado del Estado que existe un acto claro porque la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19, IMIDRA) expresamente manifiesta 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, como quizá ocurrió en la sentencia antes citada que dictó en su momento por el TJUE en la

primera cuestión prejudicial del caso De Diego, 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 (por cierto, junto con gran parte de la doctrina científica que se ha pronunciado al respecto) que no estamos ante un acto claro, sino que la sentencia IMIDRA ha venido a añadir elementos de confusión y que por tanto no existen menos motivos para solicitar un segundo pronunciamiento del TJUE en relación con este concreto punto que los que existían en el caso De Diego en el punto de Derecho allí planteado.

En todo caso y finalmente, si el Tribunal de Justicia coincidiese con el Abogado del Estado 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”.

NOVENO.- Alega igualmente el Abogado del Estado en su oposición al planteamiento de la cuestión prejudicial que la ésta carece de fundamento, porque existe un claro cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE por el Reino de España, ya que la disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018 (de vigencia indefinida conforme a su apartado cinco) regula la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral y porque el Real Decreto Ley 14/2021, de 6 de Julio, por una parte regula en su art. 2 y en su Disposición Transitoria Primera “los procesos de Estabilización de Empleo temporal ya convocados” y por otra parte su artículo 1.3 introduce una nueva Disposición adicional decimoséptima del Estatuto Básico del Empleado Público que regula “medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público”. Después dice el Abogado del Estado que esta cuestión es clara porque “la cuestión ha sido resuelta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español, con aplicación del Principio de Interpretación conforme, y considerando, precisamente, que los Procesos de Consolidación (que el actor y recurrente trataría de estar evitando) tienden al cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE y aplicando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad de los arts. 23 y 103 CE sostiene (entre otras STS 12-5-20, rec 2745/18)”.

Para responder a esta cuestión hemos de reiterar de nuevo lo anteriormente dicho sobre el concepto de acto claro y cómo el planteamiento del Abogado del Estado invierte su ámbito y efectos, de manera que en lugar de utilizarlo para excluir la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial, lo usa para intentar privar al órgano judicial nacional de su facultad de elevar la misma, reconocida por el artículo 267 TFUE, lo que no puede ser admitido. Nos remitimos a lo ya dicho al respecto. Por otra parte para que exista acto claro a efectos del artículo 267 TFUE es necesario que se haya pronunciado previamente el TJUE, no bastando con que lo haya hecho un órgano judicial nacional, por importante que sea éste, como es el Tribunal Supremo español. Y finalmente hay que decir que en este caso tampoco existe acto claro en el sentido expresado, puesto que la jurisprudencia del TJUE, que después analizaremos, exige que para evitar el reconocimiento de fijeza estén reguladas en el Derecho nacional otras consecuencias distintas de suficiente entidad para que puedan ser consideradas disuasorias, en los términos que después analizaremos. Sin embargo a juicio de la Sala esas normas, como se analizará con detalle en la fundamentación de la cuestión prejudicial, no cumplen los requisitos exigidos por el TJUE para considerarlas como una solución jurídica alternativa a la fijeza laboral.

Por otra parte, dado que el trabajador tiene la condición de indefinido no fijo desde el año 2001 y las normas que establecen las consecuencias alternativas a la fijeza y que invoca el Abogado del Estado datan de 2018 y 2021, parece que en el momento en que se dictaron las normas en cuestión el trabajador ya cumplía con bastante anterioridad los requisitos para entender que se había vulnerado en relación con el mismo la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE resultando que en aquel momento no existía ninguna medida disuasoria alternativa. El hecho de que con posterioridad se establezcan tales medidas no permite concluir, a juicio de la Sala, que mediante esas normas se venga a privar al trabajador de la fijeza que ya había ganado, puesto que ello implicaría una aplicación retroactiva desfavorable de aquellas normas contraria al artículo 9.3 de la Constitución Española. Incluso si se considerase que las normas invocadas por el Abogado del Estado dictadas en el año 2018 y 2021 son suficientes para cumplir los requisitos que la jurisprudencia del TJUE exige para evitar la fijeza del trabajador, este efecto solamente será aplicable a los trabajadores temporales que en el momento en que entraron en vigor no hubiesen ganado tal fijeza, pero no servirá para privar retroactivamente de la misma a quienes ya la hubiesen ganado.

DÉCIMO.- 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. Ambas partes piden en su escrito de alegaciones que determinadas cuestiones se planteen de manera diferente, no se planteen o se les adicione alguna otra cuestión. Ello no afecta a la decisión de planteamiento de la cuestión prejudicial, sino a su concreto contenido. 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.

En ese sentido los principios que guían la selección de cuestiones que se van a plantear al Tribunal de Justicia son los siguientes:

- A) El órgano judicial siempre tiene la facultad de plantear la cuestión prejudicial, de manera que 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.
- B) En aquellos casos en los que no exista recurso contra la sentencia que se vaya a dictar, si alguna parte solicita el planteamiento de cuestión prejudicial, el órgano judicial está obligado a elevarla al TJUE en los términos vistos, por lo que la parte tiene un auténtico derecho procesal a precisar el contenido de las cuestiones que quiere plantear, que deberán ser añadidas a aquellas cuestiones que el propio órgano judicial decida plantear. Ese derecho procesal de las partes solamente puede ser excepcionado si se considera la cuestión como irrelevante, por no ser precisa para resolver la litis, o si se considera como un acto claro, en los términos antes explicados.
- C) En el caso concreto del recurso de suplicación no está claro si desde el punto de vista del Derecho interno español debe considerarse que contra la sentencia no cabe recurso y el órgano judicial queda obligado a plantear la cuestión solicitadas por las partes conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Es cierto que las sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores dictadas en recursos de suplicación son susceptibles de recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, pero también cabe recordar la doctrina constitucional sobre el agotamiento de la vía previa al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, requisito *prima facie* idéntico al que establece el artículo 267 TFUE. Esa doctrina toma en consideración que la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superior de Justicia está condicionada a la existencia de una sentencia contradictoria, en los términos del artículo 219 de la Ley de la Jurisdicción Social y por ello ese recurso no solamente es un recurso extraordinario, como sería el de casación, sino excepcional. De ahí que la doctrina del Tribunal Constitucional (por ejemplo, sentencias 37/93, 437/93 ó 132/94 y autos 70/91, 366/91, 117/92 ó 206/93), haya establecido que la mera posibilidad teórica de interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina no impide tener por agotada la vía judicial previa si el recurrente manifiesta que no le consta la existencia de resoluciones contradictorias que hagan viable el recurso de unificación de doctrina, sin que ninguna de las partes ni la Sala del Tribunal Superior determinen que existe una posibilidad real y efectiva de interponerlo, en lo que respecta a la reparación de la lesión de los derechos fundamentales invocados, por ser manifiesto y claro que existe tal doctrina contradictoria relativa a dicha cuestión de derechos fundamentales. Si aplicásemos el “principio de equivalencia” resultaría que los mismos criterios serían aplicables, *mutatis mutandis*, a la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial, obligación que quedaría condicionada a la posibilidad efectiva de planteamiento ante el Tribunal Supremo de un recurso de casación

para la unificación de doctrina en el que pueda suscitarse la misma cuestión de validez o interpretación del Derecho de la Unión, para lo cual debe identificarse cuando menos una sentencia contradictoria que abra la vía para ese recurso. En este caso parece que sería viable tal recurso de Derecho interno donde pueda plantearse plenamente lo que aquí se suscita, pero la Sala, en aras a la tutela judicial, ha decidido plantear las cuestiones solicitadas por las partes añadidas a las propias o integradas con las mismas, según se verá.

- D) El derecho de las partes a que se planteen las cuestiones judiciales que susciten no incluye el derecho a que la interpretación del Derecho interno proporcionada por el órgano judicial al TJUE sea la que ellas defienden, puesto que en ese punto es competencia exclusiva del órgano judicial nacional fijar el marco jurídico aplicable desde el punto de vista del Derecho interno.

UNDÉCIMO.- Finalmente se solicita por el Abogado del Estado que, “para el eventual caso en que se decida el planteamiento de Cuestión Prejudicial”, la misma sea acompañada de las alegaciones formuladas por éste. En primer lugar debe recordarse que el contenido de la cuestión prejudicial viene fijado por el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012 (modificado posteriormente el 18 de junio de 2013, el 19 de julio de 2016, el 9 de abril de 2019 y el 26 de noviembre de 2019) y que el artículo 96 del mismo Reglamento establece quiénes pueden presentar observaciones (alegaciones) ante el TJUE en el curso del procedimiento y entre ellos se encuentran las partes del litigio principal, por lo cual todas las alegaciones que el Abogado del Estado que representa y defiende a la Universidad Nacional de Educación a Distancia quiera dirigir al Tribunal europeo tienen su cauce procesal propio en el curso del procedimiento ante el Tribunal de Justicia. En todo caso el punto 24 de las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DOUE serie C-380/1 de 8.11.2019), que esta Sala sigue, prevé la remisión al Tribunal de los autos del asunto principal o de una copia de los mismos, por vía electrónica o por vía postal, los cuales se conservarán en la Secretaría del Tribunal de Justicia mientras dure el procedimiento, por lo que dentro de los autos estarán comprendidos todos los documentos y trámites llevados a cabo, incluidas las alegaciones referidas.

A la vista de todo lo cual,

LA SALA ACUERDA

Suspender la tramitación del recurso de suplicación número 753/2021 para elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

PETICIÓN DE CUESTIÓN PREJUDICIAL QUE ELEVA LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, SECC 2ª, ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

I. HECHOS DEL PROCEDIMIENTO.

D. XXX fue contratado reiteradamente mediante contratos temporales (unos de naturaleza administrativa y otros laboral) por la Universidad Nacional de Educación a Distancia desde 1994 hasta el año 2001 para prestar servicios como técnico de vídeo. En el año 2001 presentó demanda solicitando que se le considere como trabajador fijo, por entender que los contratos temporales firmados no cumplían con las normas que regulan los mismos. Por sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Madrid de 29 de septiembre de 2001 dictada en autos 376/2001 se declara que el trabajador tiene la condición de “indefinido no fijo”.

Durante la tramitación del anterior proceso judicial, la Universidad Nacional de Educación a Distancia despidió al trabajador el 30 de junio de 2001. El trabajador impugnó dicho despido y el mismo fue declarado nulo por sentencia de 16 de febrero de 2002 del Juzgado de lo Social número 7 de Madrid en autos 609/2001. La sentencia cobró firmeza al no ser recurrida y el trabajador fue readmitido el 16 de abril de 2002 en su puesto de trabajo, con la restauración de la relación laboral y los salarios desde la fecha del despido.

Tras la readmisión del trabajador el puesto de trabajo que ocupa el actor en condición de indefinido no fijo se creó formalmente en la relación de puestos de trabajo de la UNED, donde sigue figurando actualmente como vacante, puesto que, al ser D. XXX trabajador indefinido no fijo, la UNED no considera que sea titular de dicho puesto, sino que el puesto debe ser convocado y cubierto reglamentariamente.

El 23 de febrero de 2010 se estableció por acuerdo entre la gerencia de la UNED y el comité de empresa un calendario para convocar las plazas vacantes en los años 2010 a 2012, acuerdo que no fue ejecutado en relación con la plaza ocupada por el trabajador.

El 13 de diciembre de 2012 se firmó un nuevo acuerdo entre la gerencia de la UNED y las organizaciones sindicales sobre ordenación de los recursos humanos, sin que tampoco se hiciera convocatoria alguna de la plaza del trabajador.

El 14 de diciembre de 2019 se aprobó una oferta de empleo público extraordinaria de consolidación que incluyó la plaza del trabajador. La convocatoria de dicha plaza como consecuencia de su inclusión en la oferta de empleo público referida estaba prevista para el segundo semestre de 2021.

A fecha de 13 de julio de 2020 D. XXX tiene reconocidos 26 años, 6 meses y 10 días de servicios prestados para la UNED en su puesto de técnico de vídeo. La UNED considera al mismo como trabajador indefinido no fijo.

D. XXX presentó en septiembre de 2020 demanda en reclamación de derechos contra la Universidad Nacional de Educación a Distancia en cuyo suplico pedía una sentencia en la que se reconociese el derecho a su puesto de trabajo como indefinido fijo en el mismo o subsidiariamente, por si no se estima el anterior pedimento, se le adjudique el puesto de trabajo mediante concurso de méritos. El fundamento de la demanda es que D. XXX viene prestando para la demandada servicios mediante contratos temporales (primero de naturaleza administrativa y desde 1 de julio de 1996 de naturaleza laboral, intercalados con algunos contratos administrativos) desde el 11 de febrero de 1994 como encargado de producción de

vídeo, habiendo ocupado desde esa fecha el mismo puesto de trabajo y realizado las mismas tareas hasta la fecha de la demanda, esto es, durante más de 26 años consecutivos.

La sentencia del Juzgado de lo Social número 42 de Madrid (número de autos 991/2020) de 1 de junio de 2021 desestima la demanda del trabajador, porque entiende que la relación laboral sigue siendo indefinida no fija.

Esa sentencia del Juzgado de lo Social ha sido recurrida en suplicación ante esta Sala por la letrada D^a Delfina Puente González, actuando en nombre y representación de D. XXX. En el recurso se alega la infracción, entre otras normas, de la Directiva 1999/70 CE y de su Acuerdo Marco sobre trabajo temporal y se cita la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2018 (asunto C-331/17), en concreto su apartado 60:

“Para que pueda ser considerada conforme con el Acuerdo Marco una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe, al sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada el ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate, debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar, y en su caso sancionar, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en el presente supuesto, tal y como se ha acreditado, no existe tal medida alternativa que sea lo suficientemente eficaz y disuasoria”

Sostiene el demandante que lleva 27 años desempeñando el mismo puesto de trabajo con contratos temporales, que “la figura del indefinido no fijo no deja de implicar una temporalidad contraria a la Directiva”, que “hasta el día de la reclamación presentada por D. XXX no existía una medida eficaz y disuasoria que evitara la utilización fraudulenta de la temporalidad”, que “el concurso-oposición no cumple los requisitos de la Directiva y viene a agravar el abuso cometido durante estos 27 años, ya que al ser proceso abierto no garantiza al trabajador la estabilidad en el empleo” (cita auto del TJUE de 2 de junio de 2021) y que en el caso de que su contrato se extinga cuando se cubra su plaza en el proceso de selección si es adjudicada a otra persona él tendrá 63 años de edad, por lo que sus expectativas de encontrar otro empleo serán muy escasas.

II. MARCO JURÍDICO.

A) **NORMATIVA Y DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA.**

RÉGIMEN LEGAL ESPAÑOL DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y DE LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA MISMA: CONVERSIÓN DEL CONTRATO EN INDEFINIDO.

Tanto el Código de Trabajo de 1926 (artículo 11), como la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 (artículo 21), como el texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo aprobado por Decreto de 26 de enero de 1944 (artículo 27), permitían que el contrato de trabajo se celebrase sin tiempo fijo (indefinido) o bien con carácter temporal, bien por un tiempo cierto, bien para obras o servicios determinados. La posibilidad de pactar libremente la temporalidad del contrato fue limitada posteriormente por normas sectoriales (reglamentaciones de trabajo y ordenanzas laborales) y después, con carácter general, por el

artículo 15 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. Se inició entonces la técnica legislativa, vigente hasta el día de hoy, basada en los siguientes principios:

- a) El contrato de trabajo ordinario o normal es el contrato por tiempo indefinido, también llamado fijo (términos sinónimos)
- b) No obstante empresario y trabajador pueden firmar un contrato temporal en supuestos tasados, establecidos y regulados en cuanto a su duración y condiciones por la Ley, siendo posible su desarrollo por vía reglamentaria y/o por convenio colectivo

Además, el artículo 15.3 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, disponía expresamente que “transcurrido el tiempo pactado inicialmente, o su prórroga expresa, sin denuncia escrita por ninguna de las partes, se presumirá concertado por tiempo indefinido desde la fecha de su constitución” y que “también se presumirá existente el contrato por tiempo indefinido cuando se trate de contratos temporales concertados deliberadamente en fraude de la Ley”.

El Estatuto de los Trabajadores aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo, en su artículo 15.3, estableció que “se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de Ley”, suprimiendo el término “deliberadamente”, mientras que en el artículo 49.3 estableció que “si llegado al término no hubiera denuncia por alguna de las partes, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación”. Esta última norma fue matizada con posterioridad, de manera que si al final de la duración inicial pactada no se ha agotado el plazo máximo de duración posible legalmente y se mantiene la prestación de servicios, la prórroga tácita se produce hasta el final de la duración máxima legalmente posible del contrato temporal y solamente cuando se alcanza la duración legal máxima y se mantiene la prestación de servicios la prórroga tácita se produce por tiempo indefinido. Esas dos normas siguen hoy vigentes en los artículos 15.3 y 49.1.c del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 2015 (Real Decreto Legislativo 2/2015).

En base a esas normas la jurisprudencia posterior ha venido a establecer que la utilización indebida de un supuesto de contratación temporal o el incumplimiento por el empresario de las reglas básicas que lo regulan, incluidas las relativas a su duración máxima, determinan que el contrato, pese a haber sido pactado como temporal, haya de considerarse por tiempo indefinido. Esa conversión puede ser inicial, cuando falta la causa material que justifica la temporalidad con arreglo a la Ley o se incumple desde el comienzo algún requisito básico de la contratación temporal, o puede ser sobrevenida, cuando se supera la duración máxima permitida legalmente, cuando se desvincula posteriormente el desarrollo del contrato de su causa de temporalidad o cuando de cualquier otro modo se incumplen con posterioridad las normas legales básicas que regulan el tipo de contrato temporal.

En este contexto el concepto de contrato por tiempo indefinido y de contrato fijo se consideran con carácter general equivalentes, siendo ambos términos jurídicos sinónimos. Esta equivalencia se rompió, según veremos después, por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, para el caso de las Administraciones Públicas, en el cual se diferenció entre contratos fijos y contratos por tiempo indefinido pero no fijos (conocidos como indefinidos no fijos).

LA LIMITACIÓN AL ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES.

La regulación de los contratos temporales descrita impone la valoración de legalidad de cada uno de ellos por separado. Antes de 2006 la legislación laboral española no fijaba ningún límite para el posible encadenamiento de contratos temporales distintos con el mismo trabajador o para el mismo puesto de trabajo. Para los diferentes tipos de contratos temporales sí se venían fijando límites a su duración o número de renovaciones, pero no para el uso con el mismo trabajador de contratos temporales sucesivos con diferentes causas y modalidades. Por tanto era posible que el mismo trabajador fuese contratado sucesivamente por la misma empresa durante muchos años con diferentes contratos temporales, siempre y cuando todos y cada uno de esos contratos temporales, considerados por separado, se ajustasen a su regulación normativa. La aprobación de la Directiva 1999/70/CE y la cláusula quinta de su acuerdo anexo obligó a establecer en la legislación española límites al encadenamiento de contratos temporales antes del 10 de julio de 2001.

Para ello la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, introdujo un número 5 en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores que permitía a los convenios colectivos “establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal”, pero la Ley no establecía ningún límite para dicha utilización sucesiva, por lo que no se podía entender que se cumpliera con el mandato de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Posteriormente se dictó el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio (posteriormente convertido en Ley 43/2006), que modificó el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores para establecer límites al encadenamiento de contratos temporales, lo que se hizo de la siguiente manera: Los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquieren la condición de trabajadores fijos.

La norma sufrió diversas vicisitudes posteriores, incluyendo una suspensión temporal de su aplicación entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012 (Real Decreto-ley 10/2011, Real Decreto-ley 3/2012 y Ley 3/2012) y algunas modificaciones de aspectos parciales por diversas leyes (Ley 43/2006, de 29 de diciembre, Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio y Ley 35/2010, de 17 de septiembre), pero en lo sustancial el mismo límite al encadenamiento de contratos sigue vigente hoy en día, incorporado en el artículo 15.5 del texto refundido de 2015 del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante esa norma no se aplica a todos los contratos temporales, sino que existen contratos temporales excluidos de su aplicación y que no computan para los plazos fijados en la misma, en concreto los contratos formativos, de relevo e interinidad, los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas cuando el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

Por otra parte el límite de duración señalado no se aplica cuando el trabajador solamente tiene un único contrato, por larga que sea la duración de éste.

Por otra parte la norma que establece el citado límite al encadenamiento de contratos se aplica también a las Administraciones Públicas, si bien sólo se tienen en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de ellas por separado y no se consideran como Administraciones Públicas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas (disposición transitoria 15ª.3 del Estatuto de los Trabajadores).

No existe ninguna previsión normativa específica sobre si dicho límite al encadenamiento de contratos afecta a los trabajadores del sector público considerados como indefinidos no fijos.

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 “Es reiterado 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

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.

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. 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 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 no 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 la 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".

De esta forma se producen dos efectos:

- a) Se prevén expresamente las consecuencias de la vulneración de los límites para el encadenamiento de contratos temporales que se introdujeron en la legislación laboral española en aplicación de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE, de manera que se dice que esa vulneración da lugar a que el trabajador afectado sea considerado como indefinido no fijo y no como fijo (aunque sin mencionar expresamente el nombre de estas figuras).
- b) Por tanto y de forma tácita excluye del cómputo a efectos del encadenamiento de contratos temporales a los contratos del trabajador como indefinido no fijo, puesto que si se interpretase lo contrario se incurriría en un razonamiento circular y absurdo.

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 y último 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 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”.

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 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.

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 15 de abril de 2008 en el asunto C-268/06, *Impact*, dictada en Gran Sala, el TJUE dijo que el contenido de la cláusula quinta no es incondicional y lo suficientemente preciso para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional, pero también dijo lo siguiente:

-Que los Estados miembros de la UE “deben adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por dicha Directiva” y tienen el deber “de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación”, que “se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros”, “incluidas, en su caso, las autoridades en su condición de empleador público”.

-Que el objetivo de la Directiva consiste en establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y por ello los Estados miembros están obligados “a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para alcanzar el objetivo contemplado por dicha Directiva y por el Acuerdo marco, consistente en evitar el recurso abusivo a contratos de duración determinada”, obligaciones que les incumben no solamente en su función de intervención legislativa o administrativa, sino también en su condición de empleadores. Y por ello la Directiva se vería privada de su efecto útil si una autoridad de un Estado miembro, actuando como empleador público, pudiera renovar contratos por una duración anormalmente larga en el período comprendido entre la fecha en que expira el plazo de adaptación a la Directiva (10 de julio de 2001) y la fecha de entrada en vigor de la Ley de adaptación a dicha Directiva, con el resultado de privar a los interesados, durante un plazo no razonable, de la posibilidad de acogerse a las medidas adoptadas por el legislador nacional para adaptar el Derecho interno a la cláusula 5 del Acuerdo marco.

En el auto de 12 de junio de 2008 en el asunto C-364/07, *Vassilakis*, el TJUE reiteró en lo esencial el criterio de la sentencia *Adeneler*.

En la sentencia de 23 de abril de 2009, en los asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki* y otros, el TJUE dice que el artículo 5 no se aplica a los contratos temporales únicos, sino a las renovaciones o a contratos sucesivos.

En la sentencia de 26 de enero de 2012 en el asunto C-586/20, *Kücük*, el TJUE dijo que en principio en una Administración que dispone de numeroso personal es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales por distintas causas y que ello puede ser una razón objetiva en el sentido de la cláusula 5.1.a del Acuerdo Marco que justifica la renovación de contratos temporales o los contratos temporales sucesivos en función de las necesidades que surjan. No obstante debe analizarse en cada caso concreto las circunstancias, especialmente el número de contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, para evitar que los contratos sean utilizados de manera abusiva por los empleadores.

En la sentencia de 8 de marzo de 2012 en el asunto C-251/1, *Huet*, el TJUE dice que cuando el contrato temporal se convierta, como consecuencia de la renovación o por la reiteración de contratos en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, para no lesionar los

objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70 ni su efecto útil, el Estado debe velar por que la transformación de los contratos no vaya acompañada de modificaciones sustanciales de las cláusulas del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el interesado cuando los cometidos de éste y la naturaleza de sus funciones sigan siendo los mismos.

En la sentencia de 13 de marzo de 2014 en el asunto C-190/13, Márquez Samohano el TJUE analiza el caso de los profesores asociados de Universidad y dijo que, “aunque los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con profesores asociados cubren una necesidad permanente de las universidades, en la medida en que el profesor asociado, en virtud de tal contrato de trabajo de duración determinada, ejecuta tareas bien definidas que forman parte de las actividades habituales de las universidades, no es menos cierto que la necesidad en materia de contratación de profesores asociados sigue siendo temporal, en la medida en que se considera que este profesor retomarará su actividad profesional a tiempo completo cuando se extinga su contrato”.

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 la sentencia de 26 de noviembre de 2014 en los asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, Mascolo y otros, el TJUE afirma que el Acuerdo marco no excluye ningún sector particular de su ámbito de aplicación. Después reitera su doctrina sobre la sanción efectiva y disuasoria de los abusos, que si se produce permite excluir la conversión de los contratos en indefinidos. Y analiza los contratos sucesivos de duración determinada para la realización de sustituciones. Dice que “una normativa nacional que permite la renovación de contratos de trabajo de duración determinada para sustituir, por una parte, a los miembros del personal de las escuelas de titularidad estatal a la espera de que

concluyan los procesos selectivos para la contratación de personal titular y, por otra parte, a los miembros del personal de dichas escuelas que temporalmente no pueden ejercer sus funciones no es en sí misma contraria al Acuerdo marco”, porque esas circunstancias pueden constituir razones objetivas que justifican la renovación de contratos o su encadenamiento. En relación con la interinidad por vacante dice que “cuando un Estado miembro reserva el acceso a las plazas permanentes en las escuelas públicas al personal que haya superado un proceso selectivo, a través de la titularización, también puede estar objetivamente justificado, con relación a dicha disposición, que, mientras se está a la espera de que terminen los procesos selectivos, las plazas vacantes se cubran a través de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”, pero “la aplicación concreta de esa razón objetiva, considerando las particularidades de la actividad de que se trate y las condiciones de su ejercicio, debe ajustarse a las exigencias del Acuerdo marco” y por ello “las autoridades competentes deben establecer criterios objetivos y transparentes con objeto de comprobar si la renovación de esos contratos responde efectivamente a una necesidad real y puede lograr el objetivo pretendido y necesario a tal efecto”, de manera que la contratación temporal “no se utilice, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal”. Por esta razón el TJUE concluye que si el plazo de cobertura “es tan variable como incierto”, puesto que “la normativa nacional... no fija ningún plazo concreto en lo referente a la organización de los procesos selectivos, que está en función de las posibilidades financieras del Estado y de la apreciación discrecional de la Administración” la “normativa nacional..., aunque limite formalmente la utilización de contratos de trabajo de duración determinada a la realización de sustituciones anuales para plazas vacantes en las escuelas de titularidad estatal únicamente por un período de tiempo determinado hasta la conclusión de los procesos selectivos, no garantiza que la aplicación concreta de esta razón objetiva, teniendo en cuenta las particularidades de la actividad de que se trata y los requisitos para su ejercicio, sea conforme con las exigencias del Acuerdo marco”. En concreto dice:

“A falta de una fecha concreta para la organización y la conclusión de los procesos selectivos que pongan fin a la sustitución y, por lo tanto, de un límite real en cuanto al número de sustituciones anuales efectuado por un mismo trabajador para cubrir la misma plaza vacante, tal normativa, en infracción de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco, permite la renovación de contratos de trabajo de duración determinada para atender necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, en razón del déficit estructural de puestos de personal titular en el Estado miembro afectado”.

Y también:

“Aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que éste desea adoptar, no pueden justificar un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, no justifican la falta de medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, punto 1, del Acuerdo marco”.

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 26 de febrero de 2015 en el asunto C-238/14, Comisión c. Luxemburgo, el TJUE dijo que para que puedan excepcionarse las limitaciones a las renovaciones o encadenamiento de contratos es preciso demostrar la existencia de circunstancias específicas y concretas que caractericen la actividad de que se trate y que justifiquen en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

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”.*

La sentencia de 14 de septiembre de 2016 en el asunto C-16/15, Pérez López, el TJUE dijo que el Acuerdo Marco se aplica al personal estatutario de los servicios públicos de salud, puesto que el concepto de trabajador es de alcance europeo y no depende de la definición del Derecho interno como laboral o funcional. Además analizó si la sustitución de trabajadores con reserva de puesto de trabajo es una razón objetiva que justifica la renovación o encadenamiento de contratos, lo que no afecta a este caso., “no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo”, utilizando “la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable”. Para determinar si esa situación se está produciendo y el empleador está utilizando contratos temporales para cubrir necesidades permanentes se debe tomar en consideración tanto el porcentaje de personal temporal en relación con el personal fijo (considerando anómalo un porcentaje del 25%), como la duración de los contratos sucesivos, entendiéndose que se produce una duración anómala cuando se llega “en algunos casos extremos a rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios, con una duración media de entre 5 y 6 años”.

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.

-Las razones objetivas que permiten las renovaciones no pueden ser genéricas ni dar lugar a que se cubran necesidades permanentes del empresario, lo que puede resultar de la duración real del contrato del trabajador, cuando ésta revele la permanencia. No pueden admitirse como razones objetivas consideraciones dirigidas a evitar exponer al Estado, como empleador del sector afectado, a un riesgo financiero, ni a consideraciones de índole presupuestaria. Cuando se alega como razón objetiva que justifica la renovación del contrato o contrataciones sucesivas “la espera de la conclusión de los procesos selectivos para la contratación de personal permanente” dice que la renovación de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada para sustituir personal a la espera de que concluyan los procesos selectivos podría considerarse una razón objetiva, pero debe examinarse su aplicación concreta para comprobar si se ajusta a las exigencias del Acuerdo marco, lo que requiere que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada no se utilice, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y estables del empleador en materia de personal y destaca que el hecho de que no exista “información respecto al desarrollo mismo de los procesos selectivos, a tal punto que, con mayor razón, su desenlace era más que incierto”, es un elemento que debe tomarse en consideración para descartar la correcta utilización de esa razón objetiva para la renovación. En concreto dice el TJUE que “el hecho de que la renovación de los contratos de duración determinada sucesivos se efectúe a la espera de la conclusión de procesos selectivos no es suficiente para que esta normativa sea conforme con dicha cláusula, si resulta que la aplicación concreta de la misma da lugar, de hecho, a una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos”.

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.

En la sentencia de 22 de enero de 2020 en el asunto C-177/18, Baldonado Martín, el TJUE ha dicho que la cláusula quinta del Acuerdo marco no es de aplicación si no consta que la trabajadora haya trabajado para la empresa en el marco de varias relaciones de servicio o que, en virtud del Derecho español, deba considerarse que la situación controvertida en el litigio principal se caracteriza por la existencia de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, sino que la relación de servicio entre las partes es la primera y única establecida entre ellas y la trabajadora únicamente ha ocupado una misma plaza de forma constante y continuada.

En la sentencia de 19 de marzo de 2020, en los asuntos acumulados C-103/18 y 429/18, Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez c. SERMAS, el TJUE considera que queda bajo el ámbito de la cláusula quinta del Acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE como "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada", "una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo". Esa situación no puede entenderse legítimamente justificada por "razones objetivas", cuando mediante esas renovaciones el empleador cubre necesidades permanentes y estables en materia de personal. El órgano judicial debe decidir si las medidas adoptadas en tal situación por la legislación nacional (organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas, la transformación de los empleados públicos en "indefinidos no fijos" y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en

caso de despido improcedente) constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes. Y finalmente nos dice que el hecho de que el empleado público de que se trate haya consentido el establecimiento o la renovación de dichas relaciones no priva, desde ese punto de vista, de carácter abusivo al comportamiento del empleador de modo que dicho Acuerdo Marco no sea aplicable a la situación de ese empleado público. En tales casos, aunque la cláusula quinta de la Directiva no sea suficientemente precisa para imponer su contenido sobre la legislación nacional, sí obliga al órgano judicial a optar, entre las diversas posibilidades, por una interpretación conforme que de efecto útil a la Directiva.

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:

-Que en el caso de un único contrato de interinidad por vacante de larga duración es aplicable la cláusula quinta del Acuerdo Marco, porque “una interpretación tan restrictiva del concepto de «sucesivas relaciones laborales de duración determinada» permitiría emplear a trabajadores de forma precaria durante años” y “podría tener por efecto no solo excluir, en la práctica, un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco, vaciando de gran parte de su contenido el objetivo perseguido por estos, sino también permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal”. “En este contexto, procede señalar igualmente que el concepto de «duración» de la relación laboral constituye un elemento esencial de todo contrato de duración determinada” y “a tenor de la cláusula 3, apartado 1, «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»”, por lo que “la modificación de la fecha de finalización de un contrato de trabajo de duración determinada constituye un cambio esencial de dicho contrato, que puede legítimamente asimilarse a la celebración de una nueva relación laboral de duración determinada que suceda a la anterior relación laboral, comprendida, de este modo, en el ámbito de aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco”, puesto que “la prórroga automática del contrato de duración determinada inicial puede asimilarse a una renovación y, por consiguiente, a la celebración de un contrato de duración determinada distinto”, de manear que “la situación controvertida en el litigio principal no se caracteriza por la celebración de un único contrato, sino por la celebración de contratos que efectivamente pueden calificarse de «sucesivos», en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente”. Y “por tanto, procede considerar que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en ella, incluye también la prórroga automática de los contratos de trabajo de duración determinada de los trabajadores del sector público, como el contrato de interinidad controvertido en el litigio principal, pese a no haberse respetado la forma escrita, prevista, en principio, para la celebración de contratos sucesivos”.

-Que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada

-Que la normativa nacional española, en cuanto permite, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de trabajadores en el sector público, la renovación de contratos de duración determinada, sin indicar un plazo preciso de finalización de dichos procesos, es contraria a la cláusula quinta del Acuerdo Marco.

-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”

-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.

El orden lógico de las cuestiones que se plantean en el caso sometido a esta Sala y que afectan a la aplicación del Derecho de la Unión, sobre el cual han de girar las cuestiones que esta Sala va a elevar al mismo por ser relevantes para dictar su sentencia, es el siguiente:

- a) Si un trabajador considerado indefinido no fijo entra dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE;
 - b) En caso de respuesta afirmativa a lo anterior, si la permanencia como indefinido no fijo durante un largo tiempo constituye un incumplimiento de la cláusula quinta del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE;
 - c) En caso de respuesta afirmativa a lo anterior, cuáles han de ser las consecuencias del incumplimiento cuando se trata de un trabajador contratado por una Administración, entidad o empresa del sector público español.
- Estructuramos las diversas cuestiones siguiendo dicho orden lógico.

AMBITO DE APLICACIÓN

Primera.- El primer problema que se plantea es si un trabajador que conforme al Derecho español, en atención a los criterios fijados por la jurisprudencia de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo, ha sido calificado como trabajador indefinido no fijo de las Administraciones Públicas o entidades o empresas del sector público, puede ser considerado como "trabajador con contrato de duración determinada" a efectos de la aplicación del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE .

La cláusula segunda del acuerdo dice que éste “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”. La cláusula tercera (definiciones) dice que “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”.

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, RCUD 1664/2015 y de 9 y 12 de mayo de 2017, RCUD 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, RCUD 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.

Debemos observar además que en el caso de autos no podemos tomar en consideración los contratos temporales que tenía el trabajador con anterioridad por dos razones:

a) Porque esos contratos son anteriores al 10 de julio de 2001, fecha en la que debía estar incorporada la Directiva al Derecho Español, por lo que no pueden tenerse en cuenta a efectos de la misma;

b) Porque lo relativo a esos contratos temporales ya fue objeto de una sentencia judicial firme que declaró al trabajador indefinido no fijo en el año 2001, de manera que lo que necesitamos saber es si por el único hecho de ser indefinido no fijo desde entonces, haciendo abstracción de los contratos anteriores, le es aplicable la Directiva 1999/70.

Por otra parte hay que tener en cuenta el pronunciamiento contenido 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: *“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”.* También debe considerarse el contenido en el apartado 73 de la sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 en el asunto c-726/19, IMIDRA, según el cual la transformación del contrato temporal de interinidad en un contrato indefinido no fijo “podría ser” una sanción adecuada para el abuso de la utilización sucesiva de contratos temporales.

La jurisprudencia constante del TJUE analizada venía considerando que la sanción adecuada, en caso de no existir otras medidas en la legislación, era considerar el contrato como fijo. En estas sentencias se dice sin embargo que bastaría con considerar dicho contrato como indefinido no fijo. Si este pronunciamiento se confirma, entonces ineludiblemente el trabajador indefinido no fijo no podría considerarse como “trabajador de duración determinada”, puesto que hacerlo llevaría al absurdo. A nuestro juicio resultaría absurdo sancionar el abuso en la contratación temporal convirtiendo el contrato del trabajador afectado a su vez en temporal, aunque sea en otra modalidad. Igualmente resultaría absurdo sancionar el abuso en el uso sucesivo de trabajadores indefinidos no fijos, si fuesen considerado como trabajadores temporales, convirtiendo a los mismos en indefinidos no fijos, que es lo que ya son. La Sala no excluye la hipótesis de que una insuficiente explicación en las cuestiones prejudiciales elevadas previamente de la figura del trabajador indefinido no fijo, unida a la propia confusión que produce el nombre de dicha figura (“indefinido”), haya llevado al TJUE en dichas sentencias a considerar incorrectamente que se trata simplemente de una modalidad de trabajador fijo. De hecho observa que la terminología que emplea en otras sentencias referidas a supuestos no españoles (por ejemplo en la sentencia Santoro) es la de “contrato indefinido” como sinónimo de contrato fijo, lo que apoya la idea de que la terminología española (contrato indefinido no fijo) provoca confusión sobre la naturaleza del contrato.

De no considerarse como trabajador temporal, como se ha dicho, el trabajador indefinido no fijo sería una tercera figura, tampoco equiparable plenamente al trabajador fijo, porque su permanencia en el empleo está sujeta a la convocatoria y adjudicación legal de la plaza que ocupa, de manera que por otra parte presenta evidentes analogías con la interinidad por vacante, aunque no sean equiparables.

Por tanto una cuestión primera y básica es determinar si un trabajador del sector público español que esté calificado como trabajador indefinido no fijo debe considerarse, a efectos de la aplicación el Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, como un "trabajador con contrato de duración determinada" (cláusula tres) y por tanto está incluido en el ámbito de aplicación del acuerdo según la cláusula dos. Por ello se formula la siguiente cuestión:

Si a efectos de la cláusula segunda 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, el trabajador “indefinido no fijo”, tal y como se ha descrito en esta resolución, como el demandante en este litigio, debe ser considerado como un "trabajador con contrato de duración determinada" y está incluido en el ámbito de aplicación del acuerdo marco y, en particular, de su cláusula quinta.

Segunda.- Si la primera cuestión es contestada afirmativamente se plantea entonces otra segunda para determinar si estamos dentro del ámbito de aplicación de la cláusula quinta del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE. Esa cláusula tiene por objeto “prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”, por lo que el TJUE, en la sentencia de 23 de abril de 2009, en los asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, Angelidaki y otros, dijo que el artículo 5 no se aplica a los contratos temporales únicos, sino a las renovaciones o a contratos sucesivos. 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 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». Y en su sentencia de 22 de enero de 2020 en el asunto C-177/18, Baldonado Martín, dijo que la cláusula quinta del Acuerdo marco no es de aplicación si no consta que la trabajadora haya trabajado para la empresa en el marco de varias relaciones de servicio o que, en virtud del Derecho español, deba considerarse que la situación controvertida en el litigio principal se caracteriza por la existencia de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, sino que la relación de servicio entre las partes es la primera y única establecida entre ellas y la trabajadora únicamente ha ocupado una misma plaza de forma constante y continuada.

En este caso esta Sala para dictar sentencia solamente puede valorar la situación del trabajador como indefinido no fijo posterior al año 2001 por dos razones, como antes hemos dicho:

a) Porque antes de adquirir la condición de indefinido no fijo los contratos temporales eran anteriores al 10 de julio de 2001, fecha en la que debía estar incorporada la Directiva al Derecho Español, por lo que no pueden tenerse en cuenta a efectos de la misma;

b) Porque lo relativo a esos contratos temporales ya fue objeto de una sentencia judicial firme que declaró al trabajador indefinido no fijo en el año 2001, de manera que lo que necesitamos saber es si por el único hecho de ser indefinido no fijo desde entonces, haciendo abstracción de los contratos anteriores, le es aplicable la Directiva 1999/70.

Por tanto consideramos una única relación laboral permanentemente como indefinido no fijo que es la que existía en el momento de terminar el plazo de incorporación de la Directiva tras la readmisión del trabajador de su despido y se ha mantenido de forma continuada hasta la actualidad.

En principio con arreglo a las sentencias dictadas por el TJUE en los asuntos Angelidaki, Fiamingo y Baldonado Martín una situación así quedaría fuera del ámbito de aplicación de la cláusula quinta del Acuerdo Marco. Sin embargo en la sentencia de 3 de junio de 2021 en el asunto c-726/19, IMIDRA, el TJUE ha considerado que dicha cláusula es aplicable en el caso de un trabajador con contrato temporal mientras se produce la cobertura de una vacante, cuando la fecha concreta de terminación no está especificada y todas las previsiones sobre la cobertura se van incumpliendo, de manera que el contrato se prolonga durante largos años sin que se vaya produciendo tal cobertura. En tal caso el TJUE consideró que existen renovaciones tácitas del contrato que lo incluyen dentro del ámbito de aplicación de la cláusula quinta del Acuerdo Marco.

El caso del trabajador indefinido no fijo en este aspecto es análogo al del interino por vacante. En ambos casos el contrato no tiene fijada una fecha determinada de extinción y la finalización del mismo está supeditada a la cobertura de la vacante (aunque el concepto de vacante no sea el mismo en ambos contratos, porque el indefinido no fijo puede cambiar de puesto de trabajo y el interino por vacante está vinculado a un concreto puesto). También en

ambos casos la convocatoria del procedimiento para la cobertura de la vacante es obligatoria para la Administración. Por eso parece que la superación de los plazos que deban considerarse normales para la cobertura (la última jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la sentencia IMIDRA para el caso del contrato de interinidad por vacante los ha fijado en tres años, sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2021, RCU 3263/2019 y numerosas sentencias posteriores), aplazando continuamente la convocatoria año tras año, se asimila a una utilización sucesiva incluida bajo el ámbito de la cláusula quinta del Acuerdo Marco. En el caso que nos ocupa el trabajador fue readmitido en su puesto de trabajo tras su despido como indefinido no fijo en el año 2002 y desde entonces presta servicios en el mismo puesto de trabajo con el mismo contrato, estando pendiente la extinción de su contrato de que sea convocada y cubierta la plaza que ocupa, habiéndose aplazado la convocatoria y sin que se hubiera producido todavía cuando se celebró el juicio, estando prevista para el segundo semestre de 2021, sin que podamos precisar si finalmente se ha llevado a cabo.

A la vista de todo lo anterior esta Sala considera que debe someterse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por vía de cuestión prejudicial, la siguiente pregunta:

Si a efectos de la aplicación de la cláusula quinta del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE debe considerarse que ha existido una “utilización sucesiva” de contratos temporales o renovaciones sucesivas en el caso de un trabajador vinculado por un contrato indefinido no fijo con una Administración cuando dicho contrato no tiene fijado un término concreto de duración, sino que está sujeto en su vigencia a la futura convocatoria y cobertura de la plaza, cuando dicha convocatoria no se ha llevado a cabo entre 2002 y el primer semestre de 2021.

Tercera.- Otras cuestiones relativas al ámbito de aplicación no se plantean por esta Sala porque consideramos que son cuestiones claras:

- a) No estamos en ninguno de los supuestos que, de acuerdo con el número 2 de la cláusula 2 del Acuerdo Marco, los Estados miembros puedan excluir de la aplicación del mismo;
- b) No afecta a la aplicación del Acuerdo Marco que el empleador sea una Administración Pública, porque el TJUE en la sentencia de 4 de julio de 2006 en el asunto C-212/04, Konstantinos Adeneler y otros, dijo 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 y dicho criterio se reitera en sus sentencias de 26 de noviembre de 2014 en los asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, Mascolo y otros, de 14 de septiembre de 2016 en el asunto C-16/15, Pérez López, y de 25 de octubre de 2018 en el asunto C-331/17, Sciotto.
- c) Dado que el empleador es una Administración Pública y que el plazo de incorporación de la Directiva finalizó el 10 de julio de 2001, la misma es de aplicación directa al caso.

DETERMINACIÓN DEL POSIBLE INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL ACUERDO MARCO ANEXO A LA DIRECTIVA 1999/70/CE

Primera.- Si las preguntas anteriores se contestan afirmativamente y la cláusula quinta es aplicable, para determinar si en el caso objeto del procedimiento y en relación con el trabajador concreto se ha producido un incumplimiento de la cláusula quinta del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE hay que diferenciar dos tipos de incumplimientos posibles:

- a) Incumplimiento de obligaciones normativas. La citada cláusula quinta obliga al Estado a adoptar determinadas medidas legislativas internas que estén en vigor antes del 12 de julio de 2001. Por tanto el primer incumplimiento consistiría en no adoptar esas medidas dentro de plazo, o hacerlo de una manera incompleta, insuficiente o incorrecta. En tal caso, si la situación se produjese en una empresa privada, no podría serle exigida responsabilidad alguna por el incumplimiento, pero si la situación se produce en una Administración o empresa pública sí, porque estamos ante una relación vertical y el Estado (entendido en sentido amplio, incluyendo a todo el sector público) no podría alegar válidamente ese incumplimiento frente al particular afectado.
- b) Infracción de la legislación interna adoptada por el Estado en aplicación de la cláusula quinta del Acuerdo Marco. En el supuesto de que el Estado, en cumplimiento de sus obligaciones, hubiese dictado una norma de incorporación de la cláusula quinta, el empleador público o privado, que incumpliese tal norma habría de asumir las consecuencias del incumplimiento. Obviamente la interpretación y aplicación de esa norma, en cuanto respete los mínimos establecidos por la Directiva, será ya una cuestión de Derecho interno no susceptible de cuestión prejudicial.

En cuanto al eventual incumplimiento normativo hay que tener en cuenta que la cláusula quinta del Acuerdo Marco, *“a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada”*, obliga a los Estados *“a adoptar “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”*.

Si los contratos de trabajadores indefinidos no fijos del sector público se considerasen de duración determinada, los mismos deberían estar incluidos en las medidas adoptadas por el Estado para prevenir su utilización sucesiva. En el caso de España y en relación con los trabajadores indefinidos no fijos, dado que es una figura creada por la jurisprudencia, no existe una regulación legislativa sistemática de los mismos y no se han establecido límites para su renovación, ni en forma de razones objetivas, ni en forma de un número máximo de renovaciones, ni siquiera de una duración máxima del propio contrato. Ahora bien, lo que pudiera ser dudoso es si existe una medida legislativa estableciendo una duración máxima de los sucesivos contratos temporales que incluya a los contratos indefinidos no fijos. Hay que tener en cuenta que, como se ha dicho anteriormente al explicar el marco normativo interno, hasta el Real Decreto-ley 5/2006 no se introdujeron en España límites al encadenamiento de contratos temporales, en forma de un límite de 24

meses de duración acumulada durante un periodo de referencia de 30 meses, aplicable únicamente cuando el trabajador haya estado vinculado con la empresa con dos o más contratos temporales. La disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley estableció que solamente se aplicaría a los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor de la norma, que se produjo el 15 de junio de 2006. Sin embargo la sentencia del TJUE de 15 de abril de 2008 en el asunto C-268/06, Impact, dictada en Gran Sala, ha dicho que la Directiva se vería privada de su efecto útil si una autoridad de un Estado miembro, actuando como empleador público, pudiera renovar contratos por una duración anormalmente larga en el período comprendido entre la fecha en que expira el plazo de adaptación a la Directiva (10 de julio de 2001) y la fecha de entrada en vigor de la Ley de adaptación a dicha Directiva, con el resultado de privar a los interesados, durante un plazo no razonable, de la posibilidad de acogerse a las medidas adoptadas por el legislador nacional para adaptar el Derecho interno a la cláusula 5 del Acuerdo marco. Por tanto, en aplicación de dicho criterio, para aplicar el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, al menos en la redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 5/2006, siempre que se trate de un empleador público hay que tomar en cuenta todos los contratos suscritos por el trabajador desde el 10 de julio de 2001.

Pero no está claro que los contratos de trabajadores indefinidos no fijos computen para la duración máxima del encadenamiento de contratos temporales establecido en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, porque la disposición adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores, para el caso de las Administraciones Públicas, da prioridad a los principios de igualdad, mérito y capacidad y por ello mantiene en todo caso “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”. Si se interpretase, en virtud de esa disposición, que los contratos indefinidos no fijos están excluidos de la aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, entonces el legislador no habría establecido límite alguno de los previstos en la cláusula quinta que afecte a los mismos, pese a que estos contratos temporales no están previstos en el número dos de la cláusula 2 del Acuerdo Marco, que permite al Estado excluir determinados contratos de su aplicación. Por ello pudiera pensarse que el principio de interpretación conforme impide esta interpretación y por el contrario obliga a interpretar que todos los contratos indefinidos no fijos deben computar a efectos del único límite de encadenamiento de contratos temporales previsto en la legislación española, que es el previsto en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Por ello formulamos la siguiente cuestión prejudicial:

Si la cláusula quinta 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 es contraria a una interpretación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (que tiene como finalidad cumplir la Directiva y para ello establece una duración máxima de 24 meses a la suma de los contratos temporales sucesivos de los trabajadores durante un periodo de referencia de 30 meses), según la cual quedarán excluidos de cómputo los periodos trabajados como indefinidos no fijos, dado que en tal caso para esos contratos no habría ninguna limitación aplicable, ni para sus renovaciones ni para su encadenamiento con otros contratos.

Segunda.- Aunque se entendiese que los contratos indefinidos no fijos del sector público computan para el límite de encadenamiento de contratos temporales previsto en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, no existiría en la legislación española ningún límite para la duración o renovación, expresa o tácita, de los propios contratos de indefinidos no fijos. Es decir, tratándose de un único contrato indefinido no fijo, aún cuando el mismo sea sometido a renovaciones, expresas o tácitas, para ello no existiría ningún límite legal, porque el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores solamente establece límites temporales para su encadenamiento con otros contratos temporales.

De acuerdo con la sentencia del TJUE de 3 de julio de 2014 en los asuntos acumulados C-362/13, C-363/13 y C-407/13, Fiamingo y otros, el Estado miembro tiene un margen de apreciación y *“puede legítimamente optar por no adoptar la medida contemplada en el apartado 1, letra a), de dicha cláusula, consistente en exigir que existan razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos”* y *“puede preferir adoptar una de las medidas o las dos medidas contempladas en el apartado 1, letras b) y c), de la mencionada cláusula, que se refieren, respectivamente, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales, o incluso optar por mantener una medida legal equivalente existente y ello siempre que, con independencia de cuál sea la medida elegida, se garantice la prevención efectiva de los abusos como consecuencia de la utilización de contratos de trabajo de duración determinada”*.

Por tanto es dudoso si sería compatible con el cumplimiento de la Directiva el que en la legislación estatal no se establezcan límites (en forma de causas justificadas, duración máxima o número máximo) para las renovaciones tácitas o expresas de la contratación como indefinidos no fijos, bastando con que se establezca un límite temporal para el encadenamiento con otros contratos temporales. Por eso consideramos necesario formular la siguiente pregunta:

Si 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 se opone a una legislación estatal que no fija límite alguno (ni en número, duración o causas) para las renovaciones, expresas o tácitas, de un determinado contrato temporal, como es el de indefinidos no fijos del sector público, limitándose a fijar un límite para la duración encadenada de dicho contrato con otros contratos temporales.

Tercera.- Las dos preguntas anteriores van encaminadas a fijar si ha existido, en relación con los indefinidos no fijos del sector público, un incumplimiento legislativo del Estado, por falta de norma que de cumplimiento a la cláusula quinta del Acuerdo Marco en relación con los mismos. Si no hubiera existido el incumplimiento legislativo, la única cuestión que se suscitaría en este punto sería de Derecho interno, esto es, la interpretación y aplicación al caso del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, cuestión que, al ser de Derecho interno, no es motivo de consulta, aunque sí lo sería lo relativo a las consecuencias del eventual incumplimiento.

Esta Sala considera muy probable que haya un incumplimiento normativo, bien porque el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores no permita ser interpretado para incluir a los indefinidos no fijos, en cuyo caso no habría ninguna norma aplicable a tales

contrataciones, bien porque, aunque fuese aplicable, fuese insuficiente, por no existir ninguna norma que limite las renovaciones. En ese caso la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene considerando que para que exista un incumplimiento de la cláusula quinta del Acuerdo Marco que afecte a la situación del concreto trabajador que es objeto del litigio, no basta con que el Estado no haya dictado una norma en aplicación de la cláusula quinta del Acuerdo Marco, sino que es también necesario que se haya producido una situación de duración anómala de la contratación temporal carente de toda justificación.

Es claro y no precisa de consulta alguna al TJUE que no pueden operar como justificación de la situación razones presupuestarias. En la sentencia de 26 de noviembre de 2014 en los asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, Mascolo y otros, el TJUE dijo que las consideraciones de índole presupuestaria no justifican la falta de medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, punto 1, del Acuerdo marco. En el auto de 21 de septiembre de 2016 en el asunto C-614/15, Popescu, el TJUE dice que no pueden admitirse como razones objetivas consideraciones dirigidas a evitar exponer al Estado, como empleador del sector afectado, a un riesgo financiero, ni a consideraciones de índole presupuestaria. En la sentencia de 25 de octubre de 2018 en el asunto C-331/17, Sciotto, el TJUE dice que no cabe admitir consideraciones presupuestarias como razones objetivas para mantener la temporalidad.

En cuanto a la temporalidad durante la convocatoria de procesos selectivos, en la sentencia de 26 de noviembre de 2014 en los asuntos acumulados C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, Mascolo y otros, el TJUE afirma que “puede estar objetivamente justificado... que, mientras se está a la espera de que terminen los procesos selectivos, las plazas vacantes se cubran a través de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”, pero “la aplicación concreta de esa razón objetiva, considerando las particularidades de la actividad de que se trate y las condiciones de su ejercicio, debe ajustarse a las exigencias del Acuerdo marco” y por ello “las autoridades competentes deben establecer criterios objetivos y transparentes con objeto de comprobar si la renovación de esos contratos responde efectivamente a una necesidad real y puede lograr el objetivo pretendido y necesario a tal efecto”, de manera que la contratación temporal “no se utilice, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal”. También dice que “A falta de una fecha concreta para la organización y la conclusión de los procesos selectivos que pongan fin a la sustitución y, por lo tanto, de un límite real en cuanto al número de sustituciones anuales efectuado por un mismo trabajador para cubrir la misma plaza vacante, tal normativa, en infracción de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco, permite la renovación de contratos de trabajo de duración determinada para atender necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, en razón del déficit estructural de puestos de personal titular en el Estado miembro afectado”. En el auto de 21 de septiembre de 2016 en el asunto C-614/15, Popescu, el TJUE dice Cuando se alega como razón objetiva que justifica la renovación del contrato o contrataciones sucesivas “la espera de la conclusión de los procesos selectivos para la contratación de personal permanente” dice que la renovación de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada para sustituir personal a la espera de que concluyan los procesos selectivos podría considerarse una razón objetiva, pero debe examinarse su la aplicación concreta para comprobar si se ajusta a las exigencias del Acuerdo marco, lo que requiere que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada no se utilice, de hecho,

para cubrir necesidades permanentes y estables del empleador en materia de personal y destaca que el hecho de que no exista “información respecto al desarrollo mismo de los procesos selectivos, a tal punto que, con mayor razón, su desenlace era más que incierto”, es un elemento que debe tomarse en consideración para descartar la correcta utilización de esa razón objetiva para la renovación. Y en la sentencia de 25 de octubre de 2018 en el asunto C-331/17, Sciotto, el TJUE dice que “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”. Por tanto esta Sala considera claro que la prolongación de la situación desde 2002 (readmisión tras el despido) hasta 2021 sin convocatoria de proceso selectivo alguno no permite alegar como justificación de la temporalidad o las renovaciones la necesidad de convocar un proceso selectivo para que la plaza sea cubierta regularmente.

En definitiva y para cerrar este capítulo consideramos necesario formular la siguiente pregunta:

No habiéndose dictado ninguna norma limitativa de las renovaciones, expresas o tácitas, de la contratación de los trabajadores indefinidos no fijos, ¿debe considerarse como una vulneración de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE, el caso de un trabajador del sector público, como el del litigio presente, que tiene un contrato de indefinido no fijo cuya duración prevista no ha sido nunca expresada ni precisada y que se ha prolongado desde, cuando menos, el año 2002 (readmisión tras el despido) hasta 2021 sin que se haya convocado ningún proceso selectivo para cubrir su plaza y poner fin a la situación de temporalidad?

CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO.

Primera.- En función de las respuestas a las preguntas anteriores puede ocurrir que haya un incumplimiento legislativo del Estado, al no haber dictado las normas necesarias para aplicar la cláusula quinta del Acuerdo Marco a los indefinidos no fijos, o puede ocurrir que, dependiendo de cómo se interprete el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (si éste se considerase aplicable a los contratos de indefinidos no fijos y suficiente como forma de incorporación de la Directiva), hubiese eventualmente un incumplimiento por parte del empleador público de dicho precepto. En ambos casos habría que determinar cuáles son las consecuencias del incumplimiento.

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 efectivas 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 la cláusula quinta es aplicable y si ha existido incumplimiento, es 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?

Segunda.- Como hemos visto, 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 34ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, sustituida por la disposición adicional 43ª 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, ha introducido 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”.

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 otra parte, aún cuando esas normas dictadas a partir de 2017 permitiesen concluir que se cumple este requisito, la Sala considera que no podrían aplicarse para evitar la conversión del trabajador en indefinido si los hechos de los que se deriva tal transformación ya estaban presentes en el momento en que entraron en vigor, dado que implicarían un efecto retroactivo y expropiatorio de un derecho adquirido. En la sentencia de 13 de junio de 2017 en el asunto C-258/14, Florescu, el TJUE dice que para determinar el alcance de un derecho fundamental de la Carta es preciso tener en cuenta, tal y como previene el art 52.3 de la misma, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y para ello aplica la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la protección del derecho de propiedad (artículo 17 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales). La privación de un derecho ya adquirido (la fijeza) por la aplicación retroactiva de estas normas podría vulnerar el artículo 17 citado de la Carta. En el caso analizado el trabajadora venía prestando servicios con la condición de indefinido no fijo cuando menos desde su readmisión en el año 2002 y cuando se dictaron esas normas en 2017 ya habían transcurrido suficientes años como para haber instrumentado la cobertura de la plaza en lugar de prolongar la situación durante tanto tiempo, de manera que en ese momento podría ser considerado indefinido si la legislación española no cumplía los requisitos establecidos para disuadir de tales comportamientos.

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?.

-En el caso de que dichas normas se considerasen suficientemente disuasorias, dado que fueron introducidas por primera vez en 2017 ¿pueden aplicarse las mismas

para evitar la transformación de contratos en indefinidos cuando los requisitos para dicha transformación por incumplimiento de la cláusula quinta del Acuerdo Marco eran anteriores en el tiempo o por el contrario ello supondría una aplicación retroactiva y expropiatoria de dichas normas?

Tercera.- 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. Evidentemente, tal y como se planteó en la primera pregunta de esta cuestión prejudicial, si se considera que el contrato denominado “indefinido no fijo” en el sector público español es un contrato temporal, el resultado sería absurdo, porque la vulneración de la cláusula quinta del Acuerdo Marco en relación con el trabajador indefinido no fijo, como en el caso de autos, sería su consideración como indefinido no fijo, o sea que no habría realmente ninguna consecuencia. 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?.

Cuarta.- 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?.

Quinta.- 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 el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que prevé la futura convocatoria de procesos de estabilización del empleo temporal, en los cuales debe garantizarse “el cumplimiento de los principios de libre

conurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad”, de manera que 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. Dentro de estos procesos estaba previsto convocar la plaza ocupada por el trabajador que es parte en este litigio en el segundo semestre de 2021.

Esos procedimientos de consolidación 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. 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 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) Si a efectos de la cláusula segunda 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, el trabajador “indefinido no fijo”, tal y como se ha descrito en esta resolución, debe ser considerado como un "trabajador con contrato de duración determinada" y está incluido en el ámbito de aplicación del acuerdo marco y, en particular, de su cláusula quinta.
- B) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, si a efectos de la aplicación de la cláusula quinta del Acuerdo Marco anexo a la Directiva

1999/70/CE debe considerarse que ha existido una “utilización sucesiva” de contratos temporales o renovaciones sucesivas en el caso de un trabajador vinculado por un contrato indefinido no fijo con una Administración cuando dicho contrato no tiene fijado un término concreto de duración, sino que está sujeto en su vigencia a la futura convocatoria y cobertura de la plaza, cuando dicha convocatoria no se ha llevado a cabo entre 2002 y el primer semestre de 2021.

- C) Si la cláusula quinta 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 es contraria a una interpretación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (que tiene como finalidad cumplir la Directiva y para ello establece una duración máxima de 24 meses a la suma de los contratos temporales sucesivos de los trabajadores durante un periodo de referencia de 30 meses), según la cual queden excluidos de cómputo los periodos trabajados como indefinidos no fijos, dado que en tal caso para esos contratos no habría ninguna limitación aplicable, ni para la duración, número o causa de sus renovaciones ni para su encadenamiento con otros contratos.
- D) Si 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 se opone a una legislación estatal que no fija límite alguno (ni en número, duración o causas) para las renovaciones, expresas o tácitas, de un determinado contrato temporal, como es el de indefinidos no fijos del sector público, limitándose a fijar un límite para la duración encadenada de dicho contrato con otros contratos temporales.
- E) No habiéndose dictado por el legislador español ninguna norma limitativa de las renovaciones, expresas o tácitas, de la contratación de los trabajadores indefinidos no fijos, ¿debe considerarse como una vulneración de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE, el caso de un trabajador del sector público, como el del litigio presente, que tiene un contrato de indefinido no fijo cuya duración prevista no ha sido nunca expresada ni precisada y que se ha prolongado desde, cuando menos, el año 2002 (readmisión tras el despido) hasta 2021 sin que se haya convocado ningún proceso selectivo para cubrir su plaza y poner fin a la situación de temporalidad?
- F) ¿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?

- G) ¿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?
- H) ¿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?.
- I) En el caso de que dichas normas se considerasen suficientemente disuasorias, dado que fueron introducidas por primera vez en 2017, ¿pueden aplicarse las mismas para evitar la transformación de contratos en indefinidos cuando los requisitos para dicha transformación por incumplimiento de la cláusula quinta del Acuerdo Marco eran anteriores

en el tiempo o por el contrario ello supondría una aplicación retroactiva y expropiatoria de dichas normas?

- J) 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?.
- K) ¿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?.
- L) ¿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 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).

Procédase a remitir la presente cuestión a la Secretaría del Tribunal de Justicia, preferentemente por vía electrónica mediante la aplicación e-Curia:

https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_78957/es/

o por vía postal a Greffe de la Cour de Justice, rue du Fort Niedergrünewald, L-2925 Luxemburgo.

En la remisión deben indicarse los datos de contacto exactos de las partes del litigio principal y de sus eventuales representantes.

Enviéanse los autos del asunto principal o una copia de los mismos por vía electrónica o por vía postal.

Enviése también una versión de esta petición de decisión prejudicial en formato «Word» a la siguiente dirección electrónica: DDP-GreffeCour@curia.europa.eu.

Así, por este nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, y se procede a su notificación a los interesados por los medios y con los requisitos establecidos en los artículos 53 a 62 de la L.R.J.S. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.