

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

34016050

NIG: 28.079.00.4-2021/0006068

Procedimiento Recurso de Suplicación 830/2021-F

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid Procedimiento Ordinario 146/2021

Materia: Materias laborales individuales

Sentencia número: 319/2024

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. SALA DE
LO SOCIAL EN PLENO**

PRESIDENTA:

Ilma. Sra.

Dña. MARÍA AURORA DE LA CUEVA ALEU

MAGISTRADOS:

Ilmos. Sres/Sras

D. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN
D. JOSÉ IGNACIO DEL ORO PULIDO
D. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN
D^a. MARÍA DEL AMPARO RODRÍGUEZ RIQUELME
D^a. MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ
D. JOSÉ LUIS ASENJO PINILLA
D. EMILIO PALOMO BALDA
D^a. ANA MARÍA ORELLANA CANO
D. JOSÉ MANUEL YUSTE MORENO
D^a. YOLANDA MARTINEZ ALVAREZ
D^a. ÁNGELA MOSTAJO VEIGA
D^a. CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ
D^a. PATRICIA DEL VALLE LORENZO
D^a. ISABEL SAIZ ARESES
D. RAFAEL ANTONIO LÓPEZ PARADA
D^a. ALICIA CATALÁ PELLÓN

En Madrid a diez de abril de dos mil veinticuatro habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos por el Pleno de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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 la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 830/2021, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. VICENTE NAVARRO RICOTE en nombre y representación de D./Dña. RECURRENTE, contra la sentencia de fecha 10 de junio de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 146/2021, seguidos a instancia de D./Dña. RECURRENTE frente a CONSEJERIA DE PRESIDENCIA, en reclamación por RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y CANTIDAD, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Dña. RECURRENTE tiene reconocida por sentencia del TSJ de Madrid de 27/12/2007 la relación laboral indefinida discontinua desde su comienzo. La actora ha venido prestando servicios desde el 22/10/1994.

SEGUNDO.- En cumplimiento de la Sentencia del TSJ de Madrid de 27/12/2007 se incorpora a la actora como personal laboral indefinido discontinuo no fijo en plantilla asimilado a la categoría de encargado II Área grupo B Grupo III nivel 4º (folio 57)

TERCERO.- El 13/11/2020 presenta escrito de reclamación previa por correo abierto dirigido a la CONSEJERIA DE PRESIDENCIA solicitando se declare fija de plantilla y el abono de una indemnización equivalente a la de despido (folio 6 a 8)
La administración no ha contestado

CUARTO.- La actora sigue trabajando para la COMUNIDAD DE MADRID.

QUINTO.- Consta expediente administrativo

SEXTO.- Comparecen las partes.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

“Previa estimación de la excepción de cosa juzgada para la petición de fijeza, y desestimación de la petición de silencio positivo Debo desestimar y desestimo la demanda presentada respecto a la petición de indemnización.”

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D./Dña. RECURRENTE, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en la Sección 2ª, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio y, habiéndose acordado por la Sección 2ª de esta Sala, previa audiencia de las partes, plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por dicho Tribunal se dictó sentencia de fecha 22-2-2024.

SÉPTIMO.- A raíz de lo anterior, se acordó dar traslado a las partes para alegaciones, realizando éstas las que constan en autos. Asimismo, habiéndose convocado a Pleno de la Sala en Acuerdo de 6-3-2024, se señaló el día 18-3-2024 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora formula recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, denunciando en el primer motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, la infracción del artículo 222 de la LEC, así como de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo Marco de la UNICE y CEEP, sobre el Trabajo de Duración Determinada, y la jurisprudencia del TJUE y demás que cita; denunciando en los siguientes motivos, respectivamente, la infracción del artículo 24 de la Ley 39/2015 (motivo Segundo), del artículo 15.5 ET y de la Directiva y la jurisprudencia antecitada (motivo Tercero), así como del artículo 10.4, en relación con el artículo 70.1 de la LEBEP (motivo Cuarto), mientras que, en el motivo Quinto, denuncia la infracción de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo Marco de la UNICE y CEEP, y la jurisprudencia del TJUE que cita; denunciando finalmente la infracción de los artículos 9,

14, 23 y 103.3 de la Constitución Española, en relación con los artículos 55 y ss. de la LEBEP (motivo Sexto), así como de la doctrina jurisprudencial que cita (motivo Séptimo).

Al recurso se opone la parte demandada en su escrito de impugnación por las razones alegadas en el mismo.

Así las cosas, vistas las alegaciones realizadas por recurrente y recurrida en relación con el primer motivo, deben hacerse las consideraciones siguientes:

1ª) Para que pueda estimarse la demanda ha de quedar acreditado el hecho constitutivo de la acción ejercitada por el demandante, recayendo sobre éste la carga de la prueba de dicho hecho, según declararon, aplicando la norma del *art. 1214 del Código Civil*, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1980, de 21 de diciembre de 1981, de 15 de abril de 1982 y de 31 de octubre de 1983, entre otras muchas, y tal como se establece tras la entrada en vigor de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su art. 217, pfo. 2º*, siendo preciso en todo caso para la existencia de la acción que haya una norma que anude al supuesto de hecho el efecto jurídico pedido, según cabe deducir de la propia disposición mencionada, e incumbiendo al demandado por su parte la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción (*art. 217.3 LEC*).

2ª) Ciertamente, constituye reiterada doctrina jurisprudencial la de que, dada la finalidad del proceso, que se dirige a conseguir la seguridad social y jurídica, se han de arbitrar, a fin de evitar que dos resoluciones judiciales puedan ser contradictorias y opuestas entre sí, los remedios legales precisos, para lo cual puede acudir al principio general de derecho contenido en la locución latina “non bis in idem” que sustenta el deber jurídico de todo Tribunal de abstenerse de conocer en asuntos ya dirimidos en juicio, toda vez que si se pudiera discutir lo ya firme ello equivaldría a poderse revisar subrepticamente la ejecutoría (SS. Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1983 y 18 de Julio de 1988, entre otras muchas). Exigiéndose para que pueda apreciarse la excepción de cosa juzgada que entre ambos procesos existan las identidades que establecía el art. 1252 del Código Civil -“eadem personae”, “eadem res” y “eadem causa petendi”-, en el bien entendido de que la acción se identifica conjuntamente, además de por los sujetos, por la “causa petendi” y el “petitum”, por lo que si comparando dos procesos entre las mismas partes, uno terminado por sentencia firme y otro pendiente, coinciden ambos elementos habrá identidad de objeto y por consiguiente se habrá de apreciar la excepción de cosa juzgada, a que hacía referencia también el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, actualmente sustituido por el artículo 160.5 de la vigente LRJS.

Y así no es posible ignorar los límites que afectan a la cosa juzgada, objetivos, subjetivos e incluso de carácter temporal, debiendo tenerse en cuenta, en relación con los límites objetivos, que, en principio, sólo la parte dispositiva de la sentencia, en cuanto pronunciamiento sobre el objeto deducido en juicio por la demandante pasa en autoridad de cosa juzgada al nuevo proceso, quedando excluidos de la cosa juzgada los razonamientos y conclusiones jurídicas, incluso las declaraciones meramente instrumentales de derechos y relaciones jurídicas, que sean condicionantes o prejudiciales de la declaración. Con todo, la vinculación afecta también a aquellos elementos de decisión que, siendo condicionantes del

fallo, no se incorporan a éste de forma específica, aunque actúan sobre él como determinantes lógicos.

Asimismo, según tuvo ocasión de declarar la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1994, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, a los efectos del art. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral, “resulta claro que cuando vaya a desembocarse en dos resoluciones que puedan ser opuestas y contradictorias entre sí, puede acudir al principio general del derecho “*non bis in idem*”, pues para que surta efecto positivo lo juzgado, en demandas que lo presupongan, no tiene que ser articulada la específica y formal excepción, ya que las declaraciones de los Tribunales sientan una presunción de verdad que vincula al Juzgador, aunque no concurren las condiciones de la “*exceptio res iudicata*” (SS. de 31 de enero de 1983, 20 de octubre de 1984 y 18 de julio de 1990)”, lo que constituye el denominado efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, la cual puede ser apreciada incluso de oficio (SSTS de 7-3-2000 y 2-4-2001, entre otras).

De modo que, como determina la sentencia de nuestro más Alto Tribunal de 14-4-2005 (Rec 1850/04), “lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos, o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”.

Y es que, según tiene declarado el Alto Tribunal, es indefectible la eficacia vinculante que entraña la cosa juzgada, con la preclusión de todo juicio ulterior sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme (SS. T.S. de 05-10-1983, 17-02-1984, 25-06-1987, 09-05-1992, 05-10-1993 y 07-10-1997, entre otras muchas).

Por esta razón la STS (Sala 1ª) de 25 de mayo de 2010 señala que: "El efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria (SSTS de 28 de febrero de 1991 , 7 de mayo de 2007, RC 2069/2000). La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquellos contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003, 7 de mayo de 2007, RC n.º 2069/2000). Este criterio se funda en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE (STC 34/2003, de 25 de febrero)". Y que (...) "La identidad de la acción no depende de la fundamentación jurídica de la pretensión, sino de la identidad de la causa petendi [causa de pedir], es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre de 2007, RC n.º 5781/2000)".

Y en consecuencia a ello ha de estarse necesariamente, porque de lo contrario se vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9 núm.

3, de la Constitución. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justificables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios (S^a T.C. 62/1984, de 21 de mayo), lo que impediría realizar cualquier otro pronunciamiento.

3^a) En el supuesto de autos la sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta por la actora, al apreciar la existencia de cosa juzgada como consecuencia de la sentencia firme de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27-12-2007. Y ante ello se alza la recurrente, que por el cauce del artículo 193 c) LRJS afirma en primer lugar que no cabe acoger la excepción de cosa juzgada y a continuación sostiene que se le ha de reconocer una relación fija con la demandada por las razones que indica.

Pues bien, en el presente caso nos encontramos con que a la actora se le reconoció por sentencia firme la relación laboral indefinida discontinua, pero lo que pide ahora es la fijeza de plantilla así como el abono de indemnización, por lo que resulta indudable que no procede la aplicación de la cosa juzgada al ser distinto el objeto procesal (constituido, doblemente, por lo que se pide y por la causa por la que se pide), máxime si se tiene en cuenta que concurren acontecimientos posteriores que integran una causa de pedir diversa a la que había en el proceso anterior, en tanto en cuanto la situación de la demandante se ha prolongado en el tiempo abarcando un período más amplio que el contemplado en la sentencia de 27-12-2007, con lo que el supuesto de hecho habría cambiado, y por otro lado se ha de tener en cuenta que la actora basa su pretensión además en el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70/CE, debiendo interpretarse la misma conforme a la doctrina establecida en las sentencias del TJUE indicadas y en la del propio Tribunal de 22-2-2024, a las que hemos de estar necesariamente, bien entendido que, dada la naturaleza del derecho de la Unión, que se caracteriza por ser de aplicación directa y preferente, se ha de seguir en todo caso el criterio establecido por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, que es vinculante para los juzgados y tribunales.

Por lo que, con arreglo a lo indicado, no sería posible apreciar la cosa juzgada, como hace la sentencia recurrida, y en consecuencia hemos de acoger el motivo Primero del recurso.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, en relación con los restantes motivos del recurso se ha de señalar lo siguiente:

1) Ciertamente, según estableció una reiterada doctrina jurisprudencial, las irregularidades en que pueda incurrir la Administración Pública en la contratación del personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a sus prórrogas, la transformación del contrato temporal en relación de fijeza, ya que con ello se vulnerarían los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad, así como de igualdad de oportunidades en el acceso a puestos de trabajo del sector público, consagrado en el art. 103.3 de la Constitución Española. Y, ciertamente también, tal doctrina requiere la importante matización, como así lo ha declarado igualmente el Tribunal Supremo, de que ello no supone que la Administración no quede sometida al cumplimiento del Ordenamiento Jurídico, pues si así

sucediera se conculcaría el mandato del art. 9.1 de la Constitución Española, no existiendo por lo demás prohibición alguna -sino, por el contrario posibilidad real- de que las Administraciones Públicas puedan resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente y al margen de la relación de empleo, de carácter administrativo, que mantienen con sus funcionarios, y no siendo por ello posible eludir el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes generadoras de derechos y obligaciones para las instituciones y entidades públicas, tal y como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991, dictada para unificación de doctrina –que fue seguida por las sentencias, también recaídas en recurso de casación para la unificación de doctrina, de 7 de octubre de 1992 y 26 de octubre de 1992, entre otras muchas–; habiendo establecido más tarde el propio Tribunal Supremo en sentencias como la del 7 de octubre de 1996 y la del 20 de enero de 1998, dictadas en unificación de doctrina, la distinción entre trabajador fijo y trabajador por tiempo indefinido, con base en sentencias anteriores del propio Alto Tribunal, y así en la sentencia de 20 de enero de 1998 antecitada, al igual que en la de 7 de octubre de 1996, se precisa que la contratación 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 contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido, esto es, y tal como se entiende por la jurisprudencia a raíz de dicha sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996, trabajadores temporales cuyo contrato no está sometido directamente a un término fijo.

En este sentido, la doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre, 10 y 30 de diciembre de 1996, 14 de marzo de 1997, 20 de enero de 1998 y 27 de mayo de 2002, entre otras) estableció que “el carácter indefinido del contrato implica, desde una perspectiva temporal, que éste 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 de plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas”. Habiendo entendido el Tribunal Supremo que en virtud de esas 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, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002 en su fundamento jurídico undécimo añadió que “no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad”.

Y es que en definitiva, y tal como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1993, cuando el Estado y las demás entidades públicas actúan como empresarios han de ajustarse, en la celebración de contratos temporales, a las normas generales o coyunturales que, en tal caso, regulan el tipo concreto que se proponen concertar, dado que tal obligación viene impuesta por el hecho de hallarse vinculada la Administración a la legalidad.

2) Según tiene declarado igualmente nuestro Tribunal Supremo, el legislador ha mostrado su decidida preferencia por el contrato indefinido como instrumento jurídico eficaz destinado a dar garantía de estabilidad al trabajador, y en este sentido el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 15, establece una presunción a su favor y la sanción consistente en una novación de los contratos temporales celebrados en fraude de ley, que se transforman en indefinidos (SSTS de 23-10-1984, 21-5-2002 y 6-5-2003, entre otras), admitiendo asimismo el propio art. 15 E.T., en su número 1 y únicamente por excepción, la temporalidad tan sólo en aquellos casos específicos que en él se enumeran (S.S. del Tribunal Supremo de 10-11-1984 y 22-4-1985, entre otras muchas), debiendo subrayarse que la contratación temporal precisa el cumplimiento puntual de los requisitos que la normativa que la autoriza exige y, de no concurrir tales condiciones, la contratación temporal resulta proscrita por nuestro ordenamiento, tanto cuando se emplea de forma directa y manifiestamente contraria a la ley por no basarse en las causas legalmente previstas como cuando se ampara en una de dichas causas sin real y efectiva existencia que justifique la temporalidad del contrato, lo que conduce a equiparar dicha situación con la primera de las descritas, pues tampoco en este caso existe causa de la contratación temporal. En tales casos, la consecuencia prevista por el art. 15.3 del citado Texto Legal es la presunción del carácter indefinido de la relación laboral, debiendo subrayarse en todo caso que la validez de cualquiera de las modalidades de contratación temporal causal, por el propio carácter de ésta, exige en términos inexcusables que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas y lo decisivo es, por consiguiente, que se dé tal causa, pero la temporalidad no se supone, sino que, antes al contrario, se establece una presunción a favor de la contratación indefinida (SSTS de 21-5-2002, Rec. 2456/2001, y 5-5-2004, Rrud. 4063/2003, entre otras).

Pues bien, dentro de los contratos de trabajo temporales se encuentra, entre otros, el contrato de interinidad por vacante, que es válido cuando se suscribe para cubrir provisionalmente un puesto de trabajo hasta su cobertura definitiva tras un proceso de selección externa o promoción interna, combinándose esta condición con un término habida cuenta que su duración no puede ser superior a tres meses y, pasados éstos, no cabe celebrar un nuevo contrato con el mismo objeto, si bien ello es así salvo para las Administraciones Públicas, dada la remisión a su “normativa específica” en cuanto a los mencionados “procesos”. De modo que, conforme al artículo 15.1 c) E.T., según la elaboración jurisprudencial de tal posibilidad, ampliatoria de la redacción estatutaria (así, SS. del Tribunal Supremo de 1-11-1994, 12-6-1995 y 6-11-1996, entre otras) -y llevada posteriormente al artículo 4.1, segundo párrafo, del Real Decreto de 18-12-1998- tal contrato sólo puede ser legalmente extinguido si concurre la ocupación definitiva de la vacante, a través del pertinente proceso reglamentario, o en otro caso, la amortización de la misma mediante el procedimiento legal (STS de 9-6-1997), y en definitiva cuando concluya su objeto. Todo ello en el bien entendido de que los contratos de interinidad pueden celebrarse para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, así como para cubrir temporalmente el mismo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, exigiéndose que se identifique al trabajador sustituido y la causa de la sustitución, con indicación del puesto de trabajo a desempeñar.

3) En el presente caso la litis se centra en determinar si la actora tiene la condición de fija de plantilla, como pretende, aduciendo al efecto que viene trabajando desde el año 1994 y existe una cascada de contratos temporales, así como que se produce una situación de abuso

debido a esa dilatada temporalidad, habida cuenta de que presta servicios desde el 22-10-1994, no habiéndose efectuado convocatoria alguna por la Administración durante al menos los últimos 27 años para la cobertura de vacantes mediante oposición o concurso-oposición.

Así las cosas, y para un mejor entendimiento de la cuestión planteada, conviene traer a colación lo establecido por la jurisprudencia unificadora en STS de 10-10-2014, recurso nº 723/2013, que señaló que:

“Se hace preciso recordar la doctrina más reciente de esta Sala del Tribunal Supremo que ha considerado como indefinidos no fijos a los trabajadores que han prestado servicios para la Administración Pública en calidad de interino por vacante superando el límite temporal máximo de tres años para su cobertura, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 (EBEP) y art. 4.2 b) del RD 2720/1998 (STS/4ª de 14 julio 2014 -rcud. 1847/2013 y 15 julio 2014 -rcud. 1833/2013-). Tal doctrina sirve aquí para declarar que es la sentencia de contraste la que alcanza la solución correcta, pues sucede que todos los demandantes acumulaban en el momento del juicio una prestación de servicios superior a ese trienio y, por consiguiente, debe reconocérseles la condición de trabajadores indefinidos no fijos.”

Y en similares términos se pronunció la STS de 14-10-2014, recurso nº 711/2013, que analizaba la condición de trabajadores, contratados temporalmente por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, que han estado desempeñando su actividad profesional de médicos o auxiliares de enfermería o similar durante muchos años, bajo diversas modalidades de contratación temporal, la mayoría de ellas de interinidad por sustitución, si bien la última fue de interinidad por vacante, e interesaban en su demanda que se reconociese que su relación laboral con la demandada tiene naturaleza de indefinida no fija dado el carácter fraudulento de la contratación temporal a la que fueron sometidos.

Y asimismo, según se recogió en la sentencia de esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31-5-2017 (Rec. 80/17):

“(…) En primer lugar, respecto a la naturaleza jurídica del contrato de interinidad, el art. 15.1 c) ET permite la celebración de contratos de duración determinada cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se identifique el nombre del sustituido y la causa de la sustitución.

Además, el art. 4.1 del Real Decreto 2720/98 dispone que: “el contrato de interinidad es el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual. El contrato de interinidad se podrá celebrar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva”.

En concreto, respecto a la interinidad por vacante, el Tribunal Supremo ha venido estableciendo en unificación de doctrina en sus Sentencias de 17 y 18 mayo, 12, 15 y 26 junio, 6, 14, 15, 24, 25 y 31 julio, 22, 25, 27 y 29 septiembre, 4, 6, 10 y 25 octubre y 7 noviembre 1995, 19 enero, 29 marzo y 23 abril 1996 y 26 de junio de 1996, que: “las Administraciones Públicas pueden utilizar la contratación temporal no sólo en los casos de sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, a cuyo supuesto se refiere el artículo 15.1, c) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 4 del Real Decreto 2104/1984, de 21 noviembre, sino también para la cobertura provisional de vacantes hasta

que se cubran definitivamente las plazas por sus titulares a través de los procedimientos establecidos al efecto.

(...)

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el art. 70,1 EBEP señala que: “las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.”

En interpretación de dicha normativa, la jurisprudencia unificada del TS ha venido señalando que deben calificarse como indefinidos no fijos los trabajadores que han prestado servicios para la Administración Pública en calidad de interino por vacante superando el límite temporal de tres años para su cobertura (STS 14-7-14, 15-7-14, 10-10-14. 14-10-14, entre otras).”

Y, posteriormente, esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia de 4 de octubre de 2019, recurso 295/19, dijo:

"DÉCIMO-SEXTO.- Sin embargo esta Sección de Sala debe reconsiderar su posición a la vista de la reciente STS de 23 de mayo de 2019, rec. 1756/2018, nº 395/2019, cuyos criterios, se compartan o no, unifican la doctrina sobre el particular.

Dicha sentencia sienta que: "(...) Ya esta Sala en su sentencia de 19 de julio de 2016 (R. 2258/2014) dijo: «No desconoce la Sala que la exclusión del plazo temporal en la duración de las relaciones de interinidad por vacante puede producir comportamientos abusivos o fraudulentos en la utilización de este tipo contractual. Pero, aparte de que el carácter temporal del vínculo no resulta modificado por la «falta de convocatoria de la plaza provisionalmente ocupada» (STS 20/03/96 -rcud 2564/95-), «la demora, razonable o irrazonable en el inicio del procedimiento reglamentario de selección sólo constituye el incumplimiento de un deber legal, del cual no deriva que el interino se convierta en indefinido, pues la conclusión contraria no sería conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias y selección del personal en las Administraciones Públicas y generaría perjuicio a cuantos aspiraran a participar en el procedimiento de selección» (aparte de las que en ellas se citan, STS 14/03/97-rcud 3660/96-; y 09/06/97-rcud 4196/96-). Y en todo caso, la reacción frente a tales posibles irregularidades debe abordarse en cada caso ante las denuncias que en este sentido se formulen, sin olvidar el recurso a las pretensiones que tengan por objeto la puesta en marcha de los procesos de selección a través de las oportunas convocatorias (SSTS 12/07/06 -rec. 2335/05-; y 29/06/07 -rcud 3444/05-).». Esta doctrina ha sido matizada por nuestra reciente sentencia del Pleno de 24 de abril de 2019 (R. 1001/2017) en la que se dice: «3.- Respecto al alcance que posea la superación del plazo de tres años contemplado en el art. 70 del EBEP, precepto citado en el análisis de la contradicción de las sentencias comparadas, aunque no sea objeto de censura jurídica como es de ver del motivo único de censura jurídica, cuarto del recurso, ha de

señalarse que dicho precepto va referido a "la ejecución de la oferta de empleo público". - El plazo de tres años a que se refiere el art. 70 del EBEP referido, no puede entenderse en general como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. En suma, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión. ».

Como señalan las sentencias citadas, entre otras, el art. 70 del EBEP impone obligaciones a las administraciones públicas, pero no establece que la superación del plazo de tres años suponga la novación de los contratos de interinidad por vacante, ni tampoco que este tipo de contratos tenga una duración máxima de tres años, plazo que viene referido sólo a la ejecución de la oferta de empleo público. Como hemos dicho, ese plazo no puede entenderse como una garantía inamovible, por cuanto serán las circunstancias del caso las que autoricen el acortamiento del plazo controvertido por la interinidad (supuestos de fraude o abuso), pero, también, su prolongación, casos de anulación o suspensión de la oferta por la autoridad administrativa o judicial. Así lo ha entendido, también, la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (C-677/16) que acabó diciendo: «En el caso de autos, la Sra. ... no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo», conclusión con la que avala que el contrato de interinidad pueda durar más de tres años y que sean los Tribunales españoles quienes valoren si esa excesiva duración justifica la conversión en fijo del contrato temporal".

DÉCIMO-SEPTIMO.- A la vista de la anterior doctrina unificada de la Sala de lo Social del TS el recurso del Ayuntamiento de Madrid debe ser estimado".

Así, en los supuestos en que la contratación se haya efectuado en fraude de ley o exista abuso de derecho, esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid determinó que aun cuando no resulte aplicable el artículo 70 EBEP (al no tener el EBEP efecto retroactivo, ni siquiera en grado mínimo, que permita su aplicación a efectos futuros desde su entrada en vigor, aunque estos efectos provengan de relaciones jurídicas surgidas con anterioridad - SSTSJ de Madrid de 8-5-2017, Rec. 87/2017, 20-7-2017, Rec. 563/2017, y 28-5-2018, Rec. 70/2018, entre otras-), el trabajador habría adquirido la condición de indefinido no fijo, no pudiendo admitirse que la Administración pretenda ampararse para evitarlo en las cláusulas fijadas en el contrato. Pero cuando no se apreciaba que existiera fraude de ley o abuso de derecho en la contratación, se entendió que, pese a superarse el plazo de 3 años establecido en el artículo 70 EBEP, no podía considerarse, conforme a la doctrina antecitada, que se ostente la condición de trabajador indefinido no fijo.

De este modo, y siguiendo esa doctrina jurisprudencial, esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha venido declarando de forma reiterada que, cuando la empleadora sea una Administración Pública y realice la contratación temporal en fraude de ley, no podrá obtenerse la fijez de plantilla, sino simplemente la condición de trabajador por tiempo indefinido pero sujeto a la cobertura reglamentaria de la plaza, como si de un contrato de interinidad se tratara (así, sentencias de 5-2-2020, rec. 735/2019; 18-3-2020, rec. 894/2019; 1-4-2020, rec. 941/2019; 15-4-2020, rec. 970/2019; 20-5-2020, rec. 1192/2019; 10-6-2020, rec. 1267/2019; entre otras muchas).

Sin embargo, se ha de tener en cuenta que posteriormente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/2019, precisamente resolviendo cuestión prejudicial elevada por esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, resuelve sobre un contrato de interinidad único, concertado en el año 2003, que se extinguió alegando su finalización en el año 2016, cuestionándose que en aquel momento ya no podía ser considerado válidamente temporal. Al tratarse de un único contrato y aplicando la doctrina del TJUE en la sentencia de 22 de enero de 2020 en el caso Baldonado Martín la cláusula quinta, según se alegó por la entidad demandada y por el Gobierno español, no sería aplicable.

Y así, en relación con dicha cuestión, en la sentencia de esta misma Sala de 21-7-2021 (Rec. 427/2021) se señaló que: “Frente a ello el TJUE dice que del tenor literal de dicha cláusula y de reiterada jurisprudencia se desprende que dicha disposición solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, de modo que un contrato que es el primer o único contrato de trabajo de duración determinada no está incluido en su ámbito de aplicación. Por otra parte la cláusula 5, apartado 2, letra a), del Acuerdo Marco deja, en principio, a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la tarea de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán «sucesivos», pero el margen de apreciación así atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco, ni permitir una situación que pueda dar lugar a abusos. Aunque no se trate, stricto sensu, de una sucesión de dos o de varios contratos de trabajo (que supone la existencia y la celebración formal de dos o más contratos distintos, uno de los cuales sucede a otro), basta con que nos encontremos ante una prórroga de un único contrato para que la cláusula quinta devenga aplicable y ello no solamente incluye las prórrogas expresas, sino también las prórrogas implícitas o automáticas de un contrato de duración determinada inicial. No cabe hacer una interpretación restrictiva del concepto de relaciones sucesivas de manera que se prive de efecto útil a la Directiva y por ello existen relaciones sucesivas cuando el contrato de trabajo se prorroga de forma automática o implícita, sin celebración formal, por escrito, de uno o varios nuevos contratos de trabajo de duración determinada. De lo contrario no solamente se excluirían 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 se permitiría la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal.

Para comprobar si se ha producido una prórroga automática hay que partir de la duración inicial del contrato y comprobar si la misma se ha extendido después en el tiempo de forma sobrevenida. El concepto de «duración» de la relación laboral constituye un elemento esencial de todo contrato de duración determinada y 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.

En aquellos casos en los que la duración inicial no esté fijada mediante una fecha concreta, habrá que atender al supuesto de hecho que determina la misma (la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado) para comprobar cuál era la fecha previsible razonablemente en que debía producirse. La alteración sobrevenida de las expectativas puede equipararse a una renovación y por ello a la existencia de contratos sucesivos. Y por ello el TJUE entiende que se produce la prórroga automática siempre que se organiza un proceso de cobertura de la plaza que resulta frustrado, no cubriéndose finalmente la plaza y manteniéndose la interinidad, así como cuando se incumple la obligación de organizar el proceso de cobertura dentro del plazo previsto por la normativa.

Cabe recordar que este criterio ya fue aplicado por esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 24 de junio de 2020 (recurso de suplicación nº 237/2020).

Por lo demás el TJUE reitera su doctrina, en el sentido de que si el Estado no ha adoptado ninguna medida de las previstas en la cláusula quinta para limitar la duración de los contratos encadenados o sus renovaciones y se han producido abusos en este ámbito, el trabajador afectado tiene derecho a una reparación, que puede ser la consideración de su contrato “por tiempo indefinido”, si bien dicha consecuencia puede ser sustituida por la legislación del Estado por otra distinta, si la misma es suficientemente efectiva y disuasoria, aplicándose en otro caso como consecuencia la naturaleza indefinida de la relación laboral. Para valorar si la consecuencia alternativa prevista en la legislación es suficientemente disuasoria el TJUE se remite a su doctrina previa, ya analizada, si bien entrando en el caso concreto de los contratos de interinidad por vacante en España considera que no existe ninguna consecuencia efectiva que evite la declaración del contrato como indefinido, recordando que el mero establecimiento de una indemnización por finalización del contrato es insuficiente, resultando que además en este concreto caso tal indemnización ni siquiera está prevista por la legislación nacional. Finalmente recuerda que, aunque un tribunal nacional no está obligado a dejar sin aplicación una disposición de Derecho nacional contraria a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco, también hay que recordar que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero, puesto que la exigencia de interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del Tratado FUE, puesto que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen. Y añade que no es equiparable la situación en la que una norma impide interpretar la normativa nacional con arreglo al

Derecho de la Unión y la situación en la que la contradicción no se produce con una norma, sino con un criterio jurisprudencial, porque la exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva. Por lo tanto, el tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, haya interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho.

Finalmente nos dice que el retraso en la organización de los procedimientos de selección basado en el cumplimiento de obligaciones legales derivadas, en particular, de las leyes de presupuestos y de restricciones presupuestarias tal justificación no es válida frente a la obligación de cumplir con la Directiva y, por tanto, no puede justificar la falta de cualquier medida preventiva contra la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco.”

Y asimismo, analizando las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/19, esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid entendió en la antecitada sentencia de 21-7-2021 (Rec. 427/2021), que “en aplicación del criterio de dicha sentencia del asunto IMIDRA en este caso nos encontramos en el ámbito de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, dado que, pese a tratarse de un único contrato, el mismo ha sido objeto de una renovación tácita por dos razones:

Porque en el momento de la contratación en el año 2004 la duración razonablemente previsible de la contratación de interinidad no podía ser en ningún caso de la duración que finalmente ha tenido de manera inexplicada, de manera que ha sido objeto de una o varias prórrogas implícitas.

Y porque la expectativa razonable de duración ha de venir dada por el cumplimiento de las obligaciones legales de incluir las vacantes en las correspondientes ofertas públicas de empleo que deben ser ejecutadas legalmente en el plazo de tres años según el artículo 70 EBEP, de manera que pasado dicho plazo (cuya ampliación no es justificable por razones presupuestarias, máxime cuando se mantiene la contratación de interinidad y por tanto el gasto público asociado a la misma), debe entenderse siempre producida la prórroga implícita.

Siendo esto así, resultando que no existe ninguna medida limitativa en el Derecho nacional de las previstas en la cláusula quinta del acuerdo marco y que ello ha producido una situación abusiva de duración injustificadamente larga, la consecuencia ha de ser que se ha producido un incumplimiento de dicha cláusula quinta en el caso concreto de la trabajadora demandante. A esa conclusión no puede oponerse ninguna interpretación jurisprudencial previa, no existiendo normas que impidan aplicar dicha consecuencia, tal y como hemos analizado, sino todo lo contrario, máxime cuando la propia modalidad contractual es de creación jurisprudencial y no legal, admitiéndose por vía interpretativa la temporalidad en este tipo de situaciones, no prevista por la Ley.

De acuerdo con la doctrina tradicional del TJUE, para evitar la conversión en fijos de los trabajadores afectados por la vulneración de la cláusula quinta el Estado debe prever

medidas alternativas suficientemente disuasorias con arreglo a los principios de equivalencia y efectividad (sentencias de 7 de septiembre de 2006, en los asuntos C-53/04 y C-180/04, Marrosu y Sardino y Vassallo, de 4 de julio de 2006 en el asunto C-212/04, Konstantinos Adeneler, de 14 de septiembre de 2016 en los asuntos C-184/15 y C-197/15, Martínez Andrés). Para valorar las medidas alternativas introducidas con arreglo a dichos principios es preciso que satisfagan los principios de equivalencia y efectividad, lo que requiere dos aspectos: que se compense suficientemente al trabajador y que haya medidas adicionales que disuadan a la Administración de llevar a cabo abusos en la contratación temporal, como puede ser la exigencia de responsabilidad patrimonial a los responsables de la Administración por el pago de las indemnizaciones debidas a los trabajadores que se exija efectivamente en la práctica. Para que haya una compensación suficiente al trabajador es necesario que no solamente tenga derecho a una indemnización tasada, sino también a una reparación íntegra del daño por la pérdida de oportunidades de empleo en el sector privado o de acceso al empleo público (sentencia de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro).

En ese sentido y como ya dijo esta Sala en su sentencia de 17 de febrero de 2021 en el recurso de suplicación nº 845/2020, es obvio y notorio que las medidas existentes en Derecho español no cumplen con dichos criterios (...).

El criterio avanzado por esta Sala al respecto es confirmado por esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/19, IMIDRA, que deja claro que la legislación española no contempla medidas disuasorias alternativas suficientes para evitar la conversión del contrato en fijo, menos todavía en relación con el personal contratado en la modalidad de interinidad por vacante.

Cabría preguntarse por tanto si la consecuencia habría de ser la conversión del contrato de la trabajadora en fijo o en indefinido no fijo, puesto que el TJUE en dicha sentencia parece admitir la conversión del contrato del interino por vacante en indefinido no fijo y no en fijo. Sin embargo debemos recordar que el personal laboral indefinido no fijo de las Administraciones Públicas debe ser considerado como temporal a efectos de la cláusula tercera del 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. La definición en la Directiva del contrato de duración determinada es la de aquel contrato en el que el final 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. En el caso del personal indefinido no fijo, según su creación jurisprudencial, dicho final viene producido por un acontecimiento determinado como es la cobertura legal de la plaza que ocupa el trabajador. En ese sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el auto de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C 86/14, León Medialdea vs Ayuntamiento de Huétor Vega, y también la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencias por ejemplo de 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017) y de 17 de julio de 2020 (RCUD 1373/2018). Por tanto resulta dudoso si el pronunciamiento de la sentencia IMIDRA, al admitir la conversión del contrato en indefinido no fijo, que es otro tipo de contrato temporal con grandes similitudes con el propio contrato de interinidad por vacante viene condicionado por la pregunta formulada por el tribunal nacional o si supone un

cambio de la jurisprudencia previa, algo que en su caso habría de aclarar el propio tribunal si fuera necesario mediante nueva cuestión prejudicial.

(...)

En todo caso en el presente litigio la sentencia de instancia declaró a la trabajadora indefinida no fija, según la pretensión de la demanda, y esta conclusión no es objeto de debate en este recurso, por lo que dicha conclusión no puede ser alterada y la Sala no ha de resolver sobre dicho extremo.”

Con todo, y a pesar de lo afirmado en dicha sentencia, se ha de tener en cuenta actualmente lo establecido en la Disposición Adicional Decimoséptima del EBEP, sobre medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público, que fue introducida en dicho texto legal por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. Y además, tras la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 28-6-2021 (Rec. 3263/2019), que ha tenido en cuenta la STJUE de 3 de junio de 2021, esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid reconsideró tal posición a la vista de que en dicha resolución del Alto Tribunal se dice, textualmente, lo siguiente:

“TERCERO.- 1.- La recurrente formula su único motivo de recurso, al amparo del artículo 207 e) LRJS, denunciando infracción de normas del ordenamiento jurídico; en concreto, denuncia infracción del artículo 15.1 c) ET, en relación con el artículo 4.2 b) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada y en relación, también, con el artículo 70.1 EBEP y demás regulación concordante.

2.- La resolución del recurso exige que, con independencia del hecho de que la Sala haya resuelto múltiples asuntos muy parecidos al presente, examinemos la incidencia que sobre nuestra decisión haya de tener la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19). Esta sentencia resuelve una decisión de cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Auto de 23 de septiembre de 2019, interpuesta en un asunto muy similar al que aquí debemos resolver, en el que plantea cinco cuestiones diferentes, cuyo denominador común consiste en preguntarle al TJUE si la legislación española, en la interpretación que de la misma viene efectuando esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, es conforme a la Directiva 1999/70, en especial a las cláusulas 1 y 5 del Acuerdo Marco, sobre el trabajo de duración determinada que figura como Anexo a la Directiva.

La sentencia en su parte dispositiva contiene dos declaraciones: a) La cláusula 5, apartado 1, 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 se opone a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por un lado, 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, y, por otro lado, prohíbe tanto la asimilación de esos trabajadores a trabajadores

indefinidos no fijos» como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores. En efecto, esta normativa nacional, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no parece incluir ninguna medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. b) La cláusula 5, apartado 1, 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, debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

3.- A lo largo de su sentencia, el TJUE va desgranando cuál es la jurisprudencia de esta Sala sobre la cuestión controvertida, señalando al efecto, como fundamento de muchos de sus razonamientos, que nuestra doctrina afirma o permite lo siguiente: «El órgano jurisdiccional remitente precisa que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, queda excluido que un contrato de interinidad, como el controvertido en el litigio principal, pueda ser recalificado como relación laboral indefinida no fija. En efecto, según esa jurisprudencia, ni la celebración de sucesivos contratos de interinidad ni la prórroga de tales contratos, que tienen por efecto prorrogar la relación laboral durante un período que puede llegar a ser de 20 años, se consideran abusivas». (Apartado 20 de la STJUE de 3 de junio de 2021). «El Tribunal Supremo...considera que el plazo previsto en el artículo 70 del EBEP no constituye una garantía inamovible ni tiene carácter automático. En particular, según ese órgano jurisdiccional, dicho plazo podía prorrogarse sine die por diversas causas y, en particular, como consecuencia de la grave crisis económica del año 2008». (Apartado 21 de la STJUE de 3 de junio de 2021). «De ello se desprende, según el órgano jurisdiccional remitente, que el contrato de interinidad puede durar muchas veces décadas, quedando la duración del contrato al arbitrio del empleador, es decir, en el caso de autos, la Administración, que puede decidir, sin tener que justificarlo, si inicia o no el proceso de selección para la cobertura de la vacante y elegir el momento oportuno para ponerlo en marcha». (Apartado 22 de la STJUE de 3 de junio de 2021). «Mediante sus cuestiones prejudiciales primera a cuarta, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, en lo que atañe a los contratos de interinidad, no contiene ninguna indicación en cuanto a las razones objetivas que justifican la renovación de dichos contratos o su duración máxima, no precisa el número máximo de renovaciones de estos, no incluye medidas legales equivalentes y no prevé ninguna indemnización para los trabajadores en caso de despido» (Apartado 42 de la STJUE de 3 de junio de 2021). En relación al plazo de tres años previsto en el artículo 70 EBEP que fija tal período para la organización de procesos selectivos: «Por tanto, como indica el órgano jurisdiccional remitente, dicho plazo permite, de manera indirecta, evitar perpetuar las relaciones temporales de trabajo de las personas que ocupan plazas vacantes. No obstante, dicho plazo, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede ser objeto de prórroga por diversos motivos, de modo que ese mismo plazo es tan variable como incierto» (Apartado 61 de la STJUE de 3 de junio de 2021). «Por lo que respecta a la existencia de medidas destinadas a sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o

relaciones laborales de duración determinada, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la utilización de sucesivos contratos de interinidad no se califica de abusiva» (Apartado 70 de la STJUE de 3 de junio de 2021). «Por tanto, habida cuenta de los datos de que dispone el Tribunal de Justicia, una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por una parte, prohíbe tanto la asimilación de trabajadores contratados sobre la base de sucesivos contratos de interinidad a «trabajadores indefinidos no fijos» como la concesión de una indemnización a dichos trabajadores y, por otra parte, no establece ninguna otra medida efectiva para prevenir y sancionar los abusos eventualmente constatados respecto de los empleados del sector público no parece, sin perjuicio de las comprobaciones que incumbe al órgano jurisdiccional remitente realizar, atenerse a las exigencias que se derivan de la jurisprudencia recordada en los apartados 46 a 49 de la presente sentencia». (Apartado 77 de la STJUE de 3 de junio de 2021).

CUARTO.- 1.- En ninguno de los párrafos transcritos, esta Sala reconoce su propia doctrina. Bien sea por la errónea comprensión de nuestra jurisprudencia o bien por una deficiente traslación de la misma al TJUE, lo cierto es que nuestra doctrina no es la que se refleja en la STJUE de 3 de junio de 2021, obviamente tributaria del contenido del Auto de planteamiento de cuestión prejudicial remitido, ya que no tiene en cuenta que, en algunas sentencias que arrancaron con la STS –pleno– de 24 de abril de 2019, Rcu. 1001/2017, a la que siguieron muchas otras cuya cita resultaría ociosa [Pueden verse, por todas: SSTS de 13 de enero de 2021 (Rcu. 1438/19, Rcu. 2611/19, Rcu. 4033/19); STS de 2 de febrero de 2021 (Rcu. 282/19); SSTS de 2 de marzo de 2021 (Rcu. 4268/18, Rcu. 4385/18); SSTS de 16 de marzo de 2021 (Rcu. 3683/18, Rcu. 1094/19); SSTS de 13 de abril de 2021 (Rcu. 1139/19, Rcu. 3503/19, Rcu. 3584/19); SSTS de 27 de abril de 2021 (Rcu. 1865/19, Rcu. 2891/19, Rcu. 2918/19); STS de 5 de mayo de 2021 (Rcu. 1237/19); SSTS de 18 de mayo de 2021 (Rcu. 536/19, Rcu. 2585/19, Rcu. 3199/19)], hemos establecido una sólida jurisprudencia que poco tiene que ver con la anteriormente transcrita y que puede resumirse de la siguiente forma:

-El plazo de tres años a que se refiere el art. 70 del EBEP, no puede entenderse en general como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad pública empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. En definitiva, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de provocar una u otra conclusión, siempre sobre las bases y parámetros que presiden la contratación temporal.

-La sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (C-677/16) avala que el contrato de interinidad pueda durar más de tres años, siendo los tribunales españoles quienes deben valorar si una duración injustificadamente larga puede determinar la conversión en fijo del contrato temporal. Lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, solo, que su duración resulte “inusualmente” larga; sino que la duración del contrato sea “injustificada” por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual

puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal.

-Las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dio lugar a numerosas disposiciones que limitaron el gasto público, especialmente –por lo que a los presentes efectos interesa– el RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público; la Ley 22/2013, de presupuestos generales del Estado, para el año 2014 y la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado, para el año 2015, que tuvieron incidencia directa en el gasto de personal y ofertas de empleo público, por cuanto prohibieron la incorporación de personal nuevo y las convocatorias de procesos selectivos para cubrir plazas vacantes, aunque fuese de puestos ocupados interinamente y en proceso de consolidación de empleo (artículos 3 RDL 20/2011 y 21 de las Leyes 22/2013 y 36/2014), justificaron, a juicio de la Sala, que no se hubieran cubierto plazas vacantes ocupadas por interinos.

-Expresamente afirmamos que nuestra doctrina resultaba plenamente respetuosa con el ordenamiento de la Unión Europea y, en concreto, con la Directiva 1999/70/CE, que incorpora el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. La STJUE de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/2018) ha alertado sobre la imposibilidad de que los contratos de interinidad fraudulentos gocen de cobertura desde la perspectiva de la indicada Directiva y ha considerado como fraudulento el hecho de que las vacantes se dilaten en el tiempo sin que, en plazos razonables se provean las correspondientes convocatorias públicas de empleo.

-Siempre señalamos que una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o durante un período injustificadamente largo, 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 deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta.

-En definitiva, en supuestos en los que la Administración estuvo muchos años sin convocar la plaza sin motivo ni justificación alguna hemos venido entendiendo que la situación así creada constituía un abuso de derecho en la contratación temporal (art. 7.2 CC) que deslegitimaba el contrato inicialmente válido, que se desdibujaba al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo transcurrido, necesariamente se había incorporado al habitual quehacer de la administración contratante.

2.- Como resulta de lo que se acaba de exponer, poco o nada tiene que ver la interpretación de la legislación vigente española que se achaca a esta Sala, con la que, reiteradamente, hemos venido sentando en las reseñadas sentencias que han tratado la materia y que ha quedado resumidamente transcrita en el número anterior. Ello no obstante, esta Sala

entiende que, a tenor de lo dispuesto en la referida sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 y en otras que han interpretado algunos preceptos del Acuerdo Marco que figura como Anexo a la Directiva 199/70/CE [SSTJUE de 5 de junio de 2018 (C-677/16), de 21 de noviembre de 2018, (de Diego Porras, C-619/175), de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/2018) y de 11 de febrero de 2021, (M. V. y otros C-760/18)], resulta necesario efectuar una nueva reflexión sobre algunos aspectos de nuestra doctrina y, especialmente, sobre las circunstancias de su aplicación en los términos que seguidamente se expondrán.

QUINTO.- 1.- El contrato de interinidad por vacante es aquél que puede celebrarse para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Se trata de un contrato a término, aunque de fecha incierta respecto de su finalización, en la medida en que su persistencia será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza que, en el caso de las Administraciones Públicas, coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos, de conformidad con la normativa específica que en cada caso será aplicable. Desde antiguo, la jurisprudencia ha admitido la legalidad de este tipo contractual respecto de las administraciones públicas (SSTS de 10 de julio de 2007, Rec. 3468/1995; de 9 de octubre de 1997, Rec. 505/1997 y de 3 de febrero de 1998, Rec. 400/1997), lo que implica la licitud y regularidad de la contratación, a través del contrato de interinidad, para ocupar plazas vacantes hasta que éstas sean cubiertas en propiedad del modo reglamentariamente establecido (SSTS de 6 de octubre de 1995, Rec. 1026/1995 y de 1 de junio de 1998, Rec. 4063/1997; entre otras). Obviamente, la licitud de la contratación está supeditada a la existencia de vacante, de suerte que la ausencia de plaza vacante determina que la contratación efectuada se considere fraudulenta por inexistencia de causa que la justifique y, obviamente, el contrato se considere por tiempo indefinido y a jornada completa (SSTS de 8 de junio de 1995, Rec. 3298/1994 y de 20 de junio de 2000, Rec. 4282/1999). Técnicamente, dado que, por definición, el contrato se extiende hasta que la plaza vacante que ocupa el interino sea cubierta por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, mientras esto no ocurra estaremos en presencia de un único contrato y, en ningún caso, de contratos sucesivos, salvo que el trabajador sea cambiado a otra vacante. Sin embargo, esta visión, que pudiera considerarse técnicamente correcta y amparada por la jurisprudencia europea en la medida que son los Estados miembros a los que les corresponde determinar en qué condiciones los contratos de duración determinada se considerarán sucesivos (STJUE de 1 de febrero de 2021, C760/18), no es, sin embargo, coherente con la propia finalidad del Acuerdo Marco cuyo objetivo es, en todo caso, evitar los abusos en la materia. Por ello, teniendo en cuenta que, en la interpretación del derecho interno, los órganos judiciales nacionales estamos obligados a garantizar el resultado perseguido por el Derecho de la Unión y que evitar el abuso en la contratación temporal constituye objetivo básico del mismo, la interpretación del contrato de interinidad debe tener en cuenta, además de los aspectos técnico jurídicos, la situación del trabajador interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la Administración como entidad contratante. Desde tal perspectiva, aun cuando el contrato haya cumplido los requisitos, previstos en el artículo 4.1 y 2.b RD 2720/1998, de 18 de diciembre, lo cual comporta que haya identificado la plaza, cuya cobertura legal o reglamentaria se pretende -cobertura que queda necesariamente vinculada al oportuno proceso de selección previsto legal o

reglamentariamente-, no cabe duda de que una duración excesivamente larga del contrato de interinidad debida, exclusivamente, a la falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo en orden a la configuración de la decisión judicial sobre la duración del contrato. Igualmente, el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato, expectativas que derivan de los tiempos ordinarios para la cobertura de la vacante que ocupa, y que deben ser tenidas en cuenta en la apreciación judicial de la situación y en la calificación de la propia contratación. También el hecho de que los trámites administrativos para la cobertura de la vacante se dilaten en el tiempo de manera innecesaria. Circunstancias todas ellas que obligan a prescindir de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor en atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva y de las indeseables consecuencias inherentes a tal situación cuales son la persistencia innecesaria en situación de temporalidad.

2.- Desde otra perspectiva, cabe también reflexionar sobre las diferentes normas presupuestarias que, a raíz de la crisis del 2008, paralizaron la convocatoria de ofertas públicas de empleo. Aunque la Sala nunca ha afirmado que las consecuencias de aquella crisis podían justificar la extensión de la contratación, si entendió que quedaba justificada aquella detención de convocatorias cuando las normas legales españolas (artículos 3 RDL 20/2011 y 21 de las Leyes 22/2013 y 36/2014, entre otras) paralizaron las convocatorias públicas de empleo, dando así cumplimiento al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, tratando de garantizar, de esta forma, una adaptación continua y automática a la normativa europea a través de tales normas que perseguían continuar con el objetivo de garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española, y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria.

La paralización de las ofertas públicas de empleo eran medidas al servicio de la estabilidad presupuestaria y del control del gasto pero, dado que impedían la convocatoria de vacantes que estaban ocupadas por trabajadores interinos, el cumplimiento de tales finalidades resulta dudoso ya que, con la convocatoria y subsiguiente ocupación de plazas vacantes cubiertas por trabajadores interinos, el gasto no se incrementa porque ya existía puesto que no se trataban de plazas de nueva creación sino de plazas que ya estaban cubiertas interinamente y que provocaban el mismo gasto que si hubieran estado cubiertas de forma definitiva. Por tanto, la justificación de la inactividad administrativa ya no resulta tan clara ya que, materialmente, tal inactividad no contribuía, ni directa ni indirectamente, a la sostenibilidad presupuestaria o a la contención del gasto público. Y aquí es donde incide el pronunciamiento de la precitada STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19), con el que se establece que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Con esa conclusión el TJUE viene a alterar las consecuencias jurídicas derivadas de las previsiones contenidas en la normativa presupuestaria que hemos citado anteriormente -en las que se contemplaba la suspensión de los procedimientos de cobertura de las plazas vacantes en los organismos del sector público-, que hasta la fecha

hemos considerado como el dato decisivo para entender justificada la dilación en el tiempo de los procesos de convocatoria y cobertura de vacantes, que legitimaban la concertación y el mantenimiento de los contratos de interinidad. Desaparece de esta forma la razón por la que nuestra anterior doctrina entendía justificada, en concretas y determinadas circunstancias ligadas a la vigencia temporal de las leyes presupuestarias citadas, la prolongada extensión de tales contratos, lo que necesariamente obliga a rectificarla en ese extremo.

3.- La conclusión de cuanto se lleva expuesto, tanto de nuestra propia y consolidada jurisprudencia, como de la aplicación de las conclusiones que se extraen de la doctrina del TJUE [SSTJUE de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/2018) y de 11 de febrero de 2021, (M. V. y otros C-760/18), entre otras] debe conducir a precisar y rectificar la aplicación de nuestra doctrina, en el sentido expresado, para afirmar que, aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del art. 4.1 y 2.b RD 2720/1998 en los términos ya expuestos, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, 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 deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo. Con carácter general no establece la legislación laboral un plazo preciso y exacto de duración del contrato de interinidad por vacante, vinculando la misma al tiempo que duren dichos procesos de selección conforme a lo previsto en su normativa específica [artículo 4.2 b) RD 2720/1998, de 18 de diciembre), normativa legal o convencional a la que habrá que estar cuando en ella se disponga lo pertinente al efecto. Ocurre, sin embargo, que, en multitud de ocasiones, la norma estatal, autonómica o las disposiciones convencionales que disciplinan los procesos de selección o de cobertura de vacantes no establecen plazos concretos y específicos, para su ejecución. En tales supuestos no puede admitirse que el desarrollo de estos procesos pueda dejarse al arbitrio del ente público empleador y, consecuentemente, dilatarse en el tiempo de suerte que la situación de temporalidad se prolongue innecesariamente. Para evitarlo, la STJUE de 3 de junio de 2021, citada, nos indica la necesidad de realizar una interpretación conforme con el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada incorporado como Anexo a la Directiva 1999/70/CE; y, especialmente, nos compele a aplicar el derecho interno de suerte que se satisfaga el efecto útil de la misma, especialmente por lo que aquí interesa, del apartado 5 del citado Acuerdo Marco. En cumplimiento de tales exigencias esta Sala estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga. Dicho plazo es el que mejor se adecúa al cumplimiento de los fines pretendidos por el mencionado Acuerdo Marco sobre contratación determinada y con el carácter de

excepcionalidad que la contratación temporal tiene en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, ese plazo de tres años es o ha sido utilizado por el legislador en bastantes ocasiones y, objetivamente, puede satisfacer las exigencias que derivan del apartado 5 del reiterado Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Así, ese es el límite general que tienen los contratos para obra o servicio determinado [artículo 15.1 a) ET]; constituye, también, el límite máximo de los contratos temporales de fomento al empleo para personas con discapacidad (Ley 44/2006, de 29 de diciembre) y ha sido usado por el legislador en otras ocasiones para establecer los límites temporales de la contratación coyuntural. Por otro lado, tres años es el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 EBEP. La indicación de tal plazo de tres años no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a la finalización del mismo la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad. Tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor.

SEXTO.- 1.- En el caso presente estamos ante un contrato de interinidad por vacante que se suscribió en noviembre de 2009 hasta su extinción el 30 de junio de 2017; extinción que fue consecuencia de la ocupación de la vacante que ocupaba la demandante por un trabajador fijo que fue seleccionado en el correspondiente concurso de traslados convocado por Resolución de la Junta de Andalucía de 12 de julio de 2016. Se comprueba, por tanto, que, por un lado, la entidad empleadora tardó más de seis años en organizar y publicar un concurso para la cobertura de la plaza vacante que ocupaba la demandante; y, por otro, que se trataba de un mero concurso de traslado entre el personal que ya tenía la condición de fijo. Extremo éste que ni estaba rodeado de complicación alguno, ni podía entenderse comprendido entre los paralizados por la normativa a que se ha hecho referencia ya que, difícilmente puede entenderse que un concurso de tal naturaleza –traslado– pueda suponer un incremento estructural del gasto público. No existe, por tanto, circunstancia alguna que pueda justificar la inactividad de la Administración durante tan amplio período de tiempo.

2.- El hecho de que la trabajadora en el momento de la extinción de su contrato tuviera la consideración de indefinida no fija, conduce a la aplicación de nuestra doctrina (expresada en la STS-pleno- de 28 de marzo de 2017, Rjud. 1664/2015 y seguida, entre otras, por las SSTs de 9 de mayo de 2017, Rjud. 1806/2015, de 12 de mayo de 2017, Rjud. 1717/2015 y de 19 de julio de 2017, Rjud. 4041/2015), según la que la extinción del contrato del indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba implica el reconocimiento a su favor de una indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, tal como lo declaró la sentencia recurrida; habiéndose, aquietado a ello, además, la parte demandante.

3.- En virtud de lo expuesto, visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida, debiendo la Sala hacer pronunciamiento sobre imposición de costas a la recurrente en la cuantía de 300 euros, ya que la parte recurrida se ha personado pero no ha impugnado el recurso.”

Y buena prueba de ello, y de esa reconsideración, son las sentencias de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25-5-2022, rec. 228/2022, y 22-6-2022, rec. 278/2022, que

han tenido en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la antecitada sentencia de 28-6-2021, dictada en el recurso 3263/2019.

Hasta aquí la reseña de la doctrina jurisprudencial relacionada con la cuestión que nos ocupa, y llegamos al momento actual, en que se ha dictado sentencia de fecha 22-2-2024 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sección 2ª de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se vió en la necesidad de plantear dichas cuestiones ante la incesante reclamación de trabajadores que, habiendo venido prestando servicios para la Administración Pública durante un elevado número de años mediante un contrato temporal o sucesivos contratos de esta naturaleza, solicitan que se les declare fijos en plantilla.

De modo que, además de lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en dicha sentencia y las posteriores dictadas a raíz de ella, al presente se ha de tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia del TJUE de 22-2-2024, que, resolviendo las cuestiones prejudiciales C-59/22, C-110/22 y C- 159/22 planteadas por esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, determina lo siguiente:

1) Las cláusulas 2 y 3 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, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación de este último.

2) 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, debe interpretarse en el sentido de que la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente.

3) La cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las medidas contempladas en esta disposición ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de esta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos.

4) 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha

indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos.

5) 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas», cuando esas disposiciones nacionales no sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula.

6) 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada.

7) 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, debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida. Corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5.

Analizando esta sentencia, hemos de resaltar en primer término, por un lado, la llamada de atención al legislador para que establezca las medidas adecuadas a fin de evitar y sancionar los abusos de referencia y, por otro lado, el enorme arbitrio que se otorga a los jueces y tribunales para determinar y establecer las medidas sancionadoras aplicables en cada caso.

Todo lo cual debe tenerse presente en el supuesto ahora enjuiciado, en que nos encontramos ante una trabajadora que ha venido prestando sus servicios para la demandada desde el 22-10-1994 en virtud de una concatenación de contratos sin que aparezca que se haya efectuado a lo largo de los años la correspondiente convocatoria para la cobertura de vacantes, ocupándose las plazas por interinos u otros trabajadores con contrato temporal, siendo así que por sentencia firme de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27-12-2007 la demandante tiene reconocida la condición de indefinida discontinua. De suerte que, aun cuando no cabe apreciar el silencio positivo alegado por la demandante, conforme a lo establecido en la sentencia recurrida, a cuyos argumentos nos remitimos (al actuar la Administración como empleadora en el ámbito del Derecho privado y no en el del Derecho público), resulta indudable, a la vista de lo que determina la sentencia del TJUE de 22-2-2024, que se ha de partir, a la hora de resolver las cuestiones planteadas por la actora, de la utilización claramente abusiva y a todas luces injustificada de la contratación temporal.

Y es que la empleadora en estos supuestos viene obligada a convocar oportunamente el correspondiente proceso de selección o promoción para cobertura de vacantes a fin de incorporar a su plantilla de trabajadores fijos a quienes lo superen, cumpliendo así los principios de igualdad, mérito y capacidad, siendo de todo punto inadmisibles tal demora en proceder a la cobertura de las plazas en la forma indicada, que supone asimismo contravenir frontalmente el principio de estabilidad en el empleo, y ello es así incluso en el caso de los trabajadores indefinidos no fijos, dado que también aquí se trataría en definitiva de contratos temporales. Y esto con independencia de que la prestación de servicios se produjera desde el comienzo de la vigencia del contrato sin solución de continuidad o con interrupciones sucesivas por suscribirse de forma más o menos inmediata un nuevo contrato de interinidad o se formalice la relación acudiendo a otra forma de contratación temporal, como ocurre con los trabajadores indefinidos discontinuos.

Cuestión distinta sería que en la contratación no se haya abusado de esa temporalidad y la convocatoria o la resolución del proceso de selección se haya demorado en el tiempo durante un lapso razonable por motivos justificados.

Pero no ha sido así y, constatado ese incumplimiento por parte de la empleadora, que ha utilizado en este caso de forma abusiva, injustificada e inusitadamente larga la contratación temporal, se impone analizar si en el presente supuesto de hecho la normativa aplicable anuda al mismo las consecuencias jurídicas pedidas por la actora en su demanda, en que, según lo indicado, solicita, por un lado, la declaración de fijeza absoluta de la relación laboral y, por otro, que se le indemnice en los términos interesados. Y, a la vista de lo actuado, podemos adelantar ya que no concurren en el presente supuesto los elementos necesarios que integrarían el hecho constitutivo de la acción –de esa acción doble, una declarativa y otra de condena solicitando el abono de indemnización– ejercitada en la demanda, que es lo determinante en todo caso para que procediera la estimación, total o parcial, de la misma.

Lo explicamos:

a) Ante la primera petición formulada en la demanda presentada, esta Sala ha analizado *in extenso* si es posible reconocer a la actora la fijeza pedida en su demanda, teniendo en cuenta ese incumplimiento empresarial y atendiendo a las circunstancias concurrentes. De suerte que, en dicha tesitura, nuestro planteamiento inicial se ha centrado en determinar si la medida más acertada debe ser la declaración de que la relación laboral se ha convertido en fija.

Tal medida sería acaso la de aplicación preferente siguiendo lo apuntado en la sentencia del TJUE de 22-2-2024, ya que se dice que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco, “los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida.” Y se añade, poniendo de relieve ese amplísimo arbitrio judicial a que hemos hecho referencia, que “corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5.”

Ahora bien, en un análisis reposado de esa sentencia, podemos observar que no se impone en ningún caso como medida que se acuerde la fijeza, ya que se dice simplemente que “la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida”.

Y, según lo ya adelantado, la respuesta a esta petición de la actora ha de ser en el presente caso necesariamente negativa, según el criterio mayoritario de la Sala.

La razón de ello es que, correspondiendo al juzgador únicamente la función de aplicar el derecho (y no la de crearlo), no existe amparo legal para reconocer a la demandante esa condición de fija de plantilla, pese a que consideramos totalmente inadmisibles que después de tantos años de prestación de servicios siga teniendo, en definitiva, un contrato que sería de naturaleza temporal, lo que podría haberse evitado en su caso mediante la actuación de la Inspección de Trabajo a fin de evitar que se produjera esa contratación totalmente irregular, sancionándose oportunamente mediante las medidas adecuadas.

Así, en el supuesto de autos nos encontramos ante el insalvable obstáculo de que el acceso a esa situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra Constitución, por lo que se habría de rechazar esta primera petición de la demandante, dado que de lo contrario se podría hacer de mejor derecho a quien obtiene la fijeza por esta vía frente al que accede a tal situación mediante los procesos de selección correspondientes.

Cuestión distinta sería que el trabajador que demanda esa relación laboral fija haya participado en el proceso de selección oportuno y lo haya superado aprobando la convocatoria aunque sin obtener plaza, pues en tal caso ese óbice desaparecería y no existiría impedimento alguno para que, incluso sin haber prestado servicios durante un período de tiempo tan inusitadamente largo (con lo que podría servir el de 5, 6 ó 7 años, según las circunstancias), obtuviera la fijeza pretendida.

Pero no es este el caso que nos ocupa, en que, según la posición mayoritaria de esta Sala, nos estaría vetado acoger la pretensión de la demandante por la razón apuntada, pese a esa dilatada duración de su prestación de servicios para la demandada con carácter temporal, y en consecuencia habría de desestimarse en este punto la demanda presentada, si bien poniendo de relieve la llamada de atención que se hace en la sentencia del TJUE en el sentido de que han de adoptarse las medidas legislativas adecuadas para sancionar los abusos de referencia, así como que en la convocatoria de los procesos de consolidación no pueden obviarse, sino que han de considerarse en todo caso, los supuestos de utilización abusiva de los contratos temporales. Siendo sumamente importante que en casos como el presente se actúe conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Decimoséptima del EBEP, a la que hemos hecho referencia anteriormente y que ha de utilizarse en las Administraciones y entidades públicas con profusión y de manera generalizada y efectiva, actualizándose la correspondiente RPT con arreglo a las necesidades reales de la empleadora y con la vista puesta en la legislación laboral y en la que regula el empleo público, impidiendo que, en flagrante incumplimiento de la ley, haya un porcentaje desorbitado de trabajadores temporales por un uso abusivo de esta modalidad de contratación.

b) Hasta ahí el análisis de la primera petición deducida en la demanda, por lo que pasamos a examinar la relativa al abono de indemnización, no sin poner de relieve que la medida

indemnizatoria puede plantearla el trabajador de forma complementaria o alternativa a la de fijeza, si bien en nuestro caso se ha formulado por la actora acumulando esta petición y aquélla, solicitando que se le abone una indemnización equivalente a la del despido, por importe de 45 o 33 días de salario por año de servicio, como compensación por la utilización abusiva de los contratos.

Y aquí, de nuevo, tras analizar detenidamente tal cuestión, el criterio propugnado por la mayoría de esta Sala es que en el presente caso debe rechazarse también esa petición de la actora, a pesar de haberse desechado la declaración de fijeza solicitada.

Y al respecto se ha de tener en cuenta que, tratándose del abono de indemnizaciones, nuestro Código Civil diferencia claramente en el art. 1089 como fuente de las obligaciones los “actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”, de las otras fuentes, a saber: la ley, los contratos y los cuasicontratos. Sin embargo, aun cuando pueda parecer que hay una total separación entre las obligaciones que tienen su origen en los actos u omisiones culposos o negligentes, y las que surgen de la ley, de los contratos y de los cuasicontratos, está ya abandonada la doctrina que contraponía la responsabilidad contractual a la extracontractual debido a la distinta naturaleza del deber transgredido, reconociéndose en la actualidad que no hay más que diferencias de régimen entre ellas.

Pues bien, conforme al art. 1258 del Código Civil, los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, debiendo subrayarse que lo que configura el contrato de trabajo como recíproco es la correspondencia que existe entre las prestaciones básicas del trabajador (prestar sus servicios bajo el poder de dirección de la empresa) y del empresario (remunerar el trabajo del empleado), debiendo cumplir uno y otro con todas las obligaciones que les son propias, bien entendido que la buena fe debe presidir todas las relaciones contractuales y especialmente la relación de trabajo.

Por lo demás, en nuestro Derecho rige como regla general -art. 1096 del Código Civil- la de la ejecución “in natura” para los supuestos de incumplimiento de la obligación, y sólo cuando dicha ejecución resultase imposible procede pedir -art. 1101 C.C.- la indemnización como sustitutiva de la prestación que no puede realizarse, en el bien entendido de que la norma de este artículo (que establece que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”) comprende cualquier medio o forma de incumplimiento (S^a TS de 4-10-1985), incluyéndose en ella el cumplimiento tardío que supone la mora, que no es propiamente incumplimiento (S^a TS de 28-9-2000), pero se ha de tener en cuenta en todo caso que son requisitos de la responsabilidad por culpa contractual la responsabilidad del sujeto, la conducta culposa o imprevista, el daño y la relación causal (SSTS de 2-4-1986 y 10-7-2003), de forma que, salvo los supuestos excepcionales de daños “*in re ipsa*” (SSTS de 10-6-2004 y 12-5-2005), es preciso probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama (SSTS de 31-1-2001, 29-3-2001, 26-7-2001, 30-4-2002 y 10-7-2003), de acuerdo con las normas que rigen para el “onus probandi”, pues en principio el incumplimiento de la obligación no implica “per se” la producción del daño, y la indemnización se debe por éste y no por el incumplimiento mismo. Y así la parte que alega los daños debe aportar las bases

fácticas de la cuantía de la indemnización que reclama, siendo el juzgador, que preside la práctica de la prueba y puede valorar todos los elementos concurrentes en la responsabilidad y en el daño, quien debe proceder discrecionalmente a los cálculos oportunos y a la fijación de la indemnización correspondiente (S^a TS de 22-5-1995, entre otras), debiendo tenerse en cuenta en todo caso a la hora de fijar la indemnización un tercer elemento, cual es la evitación del enriquecimiento injusto.

Todo ello debe tenerse presente en el supuesto de autos, en que no cabría adoptar la medida indemnizatoria con arreglo a dicha doctrina, lo que obliga a desestimar también la petición de la actora de que se condene a la demandada al abono de una indemnización en los términos indicados, bien entendido que en el presente caso, no acreditándose un daño concreto, se trata de intereses difusos, ya que, en definitiva, la actora no ha resultado perjudicada en la forma que indica. Debiendo subrayarse que está trabajando para la demandada, permaneciendo en su plaza mientras no se convoque el proceso selectivo correspondiente para la cobertura de vacantes y sea cubierta dicha plaza, y en tal sentido se habría visto beneficiada por las contrataciones realizadas, pues, en tanto no se efectúe tal convocatoria, la actora ha mantenido la plaza, mientras que cuando se convoque dicho proceso la actora puede o no superarlo, viéndose perjudicada si se convoca y no aprueba, siendo otros los que habrían sufrido el perjuicio de no tener durante este tiempo la oportunidad de ocupar la plaza de la demandante.

En consecuencia, y en atención a lo expuesto, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia, en el sentido indicado. Sin costas (art. 235 LRJS).

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dña. RECURRENTE contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n^o 18 de Madrid de fecha diez de junio de dos mil veintiuno, en los autos número 146/2021, seguidos en virtud de demanda formulada contra CONSEJERIA DE PRESIDENCIA en reclamación de RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y CANTIDAD, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, en los términos indicados. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia

cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-0830-21 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo “observaciones o concepto de la transferencia”, se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-0830-21.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DE LA SALA D. RAFAEL ANTONIO LÓPEZ PARADA A LA SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO DE LA SALA EN EL RECURSO 830/2021, AL QUE SE ADHIEREN D^a MARÍA AURORA DE LA CUEVA ALEU, PRESIDENTA DE LA SALA, LAS MAGISTRADAS DE LA SALA D^a VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN Y D^a ALICIA

CATALÁ PELLÓN Y EL MAGISTRADO DE LA SALA D. JOSÉ LUIS ASENJO PINILLA.

Expresamos nuestra discrepancia con la sentencia del pleno de la Sala por cuanto creemos que en este caso el recurso debió ser estimado y declararse la fijeza del trabajador recurrente. Para ello venimos a reiterar lo expresado en los fundamentos de la ponencia presentada al pleno según lo que exponemos a continuación.

PRIMERO.- Tras una reclamación previa presentada el 13 de noviembre de 2020 que no obtuvo respuesta alguna, D^a RECURRENTE presentó el 2 de febrero de 2021 contra la Consejería de Presidencia, Justicia y Víctimas de la Comunidad de Madrid en cuyo suplico pedía una sentencia en la que se le declarase “trabajador fijo de plantilla a todos los efectos” y además que se le abonase “por el abuso cometido, una indemnización equivalente a la de despido improcedente de 45 y 33 días respectivamente según los periodos trabajados y subsidiariamente de 33 días por año trabajado, como compensación por la utilización abusiva de contratos de duración de determinada”. El fundamento de la demanda es que D^a RECURRENTE viene prestando para la demandada servicios en la vigilancia, detección y extinción de incendios forestales durante la época estival en todas las campañas desde 1994 hasta la fecha de la demanda, aunque con distintas categorías, alegando además tener reconocida la condición de trabajadora indefinida discontinua. El fundamento de su demanda es la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE y jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Señala que sus contratos han superado el límite de encadenamiento contractual derivado del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, dictado en desarrollo de dicha cláusula quinta y además que pese a ocupar una plaza permanente en la Administración la misma no ha sido efectuada nunca la convocatoria. Dice que el acceso al puesto se produjo a través de una bolsa de trabajo confeccionada al efecto, en condiciones de igualdad con todos los que solicitaron acceder a dicha bolsa y que tras 26 años de prestación de servicios debe considerarse acreditada su capacidad para el ejercicio del mismo. Sostiene que la vulneración de la Directiva le confiere además el derecho a una indemnización como víctima del abuso en la temporalidad, que cifra en la cantidad antes indicada.

Su demanda fue turnada al Juzgado de lo Social número 18 de Madrid, tramitándose bajo el número de autos 146/2021, siendo desestimada por sentencia de 10 de junio de 2021. En esa sentencia se declaran como hechos probados que D^a RECURRENTE presta servicios para la demandada desde el 22 de octubre de 1994 con relación laboral indefinida discontinua, habiéndole sido reconocida la condición de indefinida discontinua por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de diciembre de 2007, en cumplimiento de la cual la Administración demandada la incorporó en su plantilla como personal laboral indefinido discontinuo asimilado a la categoría de encargado II Área grupo B grupo III nivel 4º.

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

- a) La calificación de su relación laboral como indefinida no fija discontinua ya se habría producido por la sentencia firme de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de

Justicia de Madrid de 27 de diciembre de 2007, por lo que aprecia que existe cosa juzgada.

- b) Respecto a la petición de indemnización, se dice que no procede porque el contrato de trabajo está vigente y cuando se extinga procederá o no, en su caso, la indemnización que esté contemplada en cada momento. Por otra parte dice que “no se acredita ningún abuso hacia la parte actora porque mientras no se convoquen oposiciones, sigue trabajando y si se hubieran convocado las oposiciones, la actora puede o no aprobar las mismas cuando concorra en igualdad de condiciones con otros posibles candidatos” y que “el hecho de no convocar las plazas causa perjuicio a los posibles candidatos que no están trabajando para la demanda pero no para la parte actora que si se puede ver perjudicada sí se convocan y no aprueba”.

La sentencia fue recurrida en suplicación ante esta Sala por la trabajadora, oponiéndose la Administración recurrida mediante escrito de impugnación en el que se limita a adherirse a los razonamientos de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de suplicación de la trabajadora, amparado en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, alega la vulneración del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiendo aplicada indebidamente la cosa juzgada, porque en primer lugar el objeto en ambos litigios era diferente, ya que en el primero se pidió la declaración de indefinido discontinuo y ahora se pide la fijeza plena y además la fundamentación es diferente, “puesto que las circunstancias han variado, así como la legislación (Directiva 1999/70/CE) y, especialmente, la interpretación de la misma desde que es de aplicación por el TJUE”, lo que desarrolla después en ese mismo motivo.

Entendemos con la mayoría de la Sala que este motivo debe estimarse por las mismas causas que ya explicitamos en el auto de esta Sala y Sección de 21 de diciembre de 2021 dictado en la pieza de recurso 753/2021 y en el que acordamos elevar la primera cuestión prejudicial sobre la materia que aquí nos ocupa.

La sentencia recurrida dice aplicar, exclusivamente en relación con la pretensión de fijeza (no con la indemnizatoria), los dos institutos de la cosa juzgada material contenidos en el artículo 222 está aplicando, esto es, la cosa juzgada material en sentido negativo o excluyente de un segundo proceso sobre un tema ya resuelto y 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. 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 Olimpiclub, 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 Olimpiclub, 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.

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 de esta Sala del año 2007 ya declarase que la trabajadora tiene la condición de “indefinida discontinua”, 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.

En este sentido hay que tener en cuenta lo siguiente:

- a) La Directiva 1999/70/CE ya era de aplicación al litigio resuelto en el año 2007, si bien es cierto que la demanda se presentó en fecha anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2006 que incorporó (aunque de manera parcial) la cláusula quinta de la indicada Directiva al Derecho interno, si bien ese elemento no nos parece esencial porque según se verá el indicado precepto no resulta aplicable para resolver el litigio;
- b) Lo que sí existe es jurisprudencia nueva (posterior al momento en que se dictó la sentencia que resolvió el litigio anterior) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cual ha de aplicarse para resolver el presente litigio, puesto que, como se verá, prácticamente todas las sentencias dictadas por dicho tribunal interpretando la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE son posteriores a 2007. 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 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 2007, cuando fue declarado indefinida discontinua.

- 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 muchos años en los que la trabajadora, tras la sentencia del año 2007, ha permanecido contratada como indefinida discontinua, aún haciendo abstracción de todos los contratos anteriores 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, 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 llevó al planteamiento de la cuestión prejudicial.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso, amparado también en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, denuncia la infracción del artículo 24 de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común, porque dice que la trabajadora solicitó en reclamación presentada el 13 de noviembre de 2020 el reconocimiento de la fijeza y no fue contestada la misma, debiendo estimarse que se produjo por tanto un silencio administrativo positivo.

El motivo debe desestimarse porque no es de aplicación al supuesto de autos, dado que no estamos ante personal de Derecho Administrativo. Si se tratase de un funcionario interino u otro personal de Derecho Administrativo entonces los actos de la Administración relativos a su relación de servicio serían actos administrativos regidos por la legislación de procedimiento administrativo y en tal caso habría de aplicarse el artículo 24 de la Ley 39/2015 para establecer los efectos del silencio administrativo, así como las normas de desarrollo y complementarias de dicho precepto, pero cuando se trata de personal laboral, más allá de los actos separables destinados a formar la decisión de contratar, el resto de la relación jurídica es de Derecho privado y en ella la Administración actúa como empleadora privada, de manera que sus actos no son actos administrativos sino actos de Derecho Laboral, no rigiéndose por tanto por la legislación de procedimiento administrativo. La llamada “reclamación previa” presentada es la que regulaba el artículo 69 de la Ley de la Jurisdicción Social antes de su reforma por la Ley 39/2015, que desde el 2 de octubre de 2016 dejó de ser preceptiva como forma de agotamiento de la vía administrativa previa al ejercicio de acciones laborales ante la Jurisdicción Social, reclamación para la cual el artículo 69.2 de la Ley de la Jurisdicción Social establecía el carácter negativo del silencio. La supresión de la preceptividad de dicha reclamación previa como requisito preprocesal por la Ley 39/2015 no puede interpretarse como una forma de conferir al silencio frente a la misma efectos positivos.

CUARTO.- El tercer motivo de recurso, amparado también en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, denuncia la infracción del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. Sostiene la recurrente que al haber tenido varios contratos temporales por periodo superior a veinticuatro meses dentro de un periodo de referencia de treinta meses debió ganar la fijeza plena. Sin embargo este motivo no puede estimarse por varias causas:

- A) Porque no consta en los hechos probados cuáles han sido los periodos de contratación de la trabajadora con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2006 (que introdujo el indicado artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores) a efectos de aplicar la citada norma (teniendo en cuenta además los periodos de suspensión de vigencia de la misma), sino que parece resultar que desde 2007 la trabajadora ha tenido un único contrato reconocido como de indefinida discontinua, modalidad

contractual que no existe como tal en el ordenamiento jurídico español para que se pueda estimar de aplicación a la misma el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, que además excluye los contratos de interinidad, a los que sería asimilable el contrato indefinido no fijo a estos efectos. A partir del Real Decreto-ley 32/2021 (que no es aplicable a este caso *ratione temporis*) el indicado precepto solamente es aplicable a los “contratos por circunstancias de la producción”.

- B) Porque la disposición adicional decimoquinta, número uno, del Estatuto de los Trabajadores, en su versión anterior al Real Decreto-ley 32/2021, que es la aplicable *ratione temporis*, establecía que en el caso de incumplimiento de los citados límites al encadenamiento contractual por las Administraciones Públicas el artículo 15.5 se aplicaría “sin perjuicio de 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”, es decir, que establecía que la consecuencia sería reconocer a la trabajadora la condición de indefinida no fija, que es la que ya tiene.

QUINTO.- El cuarto motivo de recurso denuncia la vulneración de los artículos 10.4 en relación con el artículo 70 Estatuto Básico del Empleado Público, pero aquí lo único que se justifica es que durante muchos años no se han convocado procedimientos selectivos para la cobertura de la plaza ocupada por la recurrente, lo que desde luego es cierto, pero que por sí mismo no proporciona argumento alguno para decir que por tal causa se pueda haber ganado la fijeza. En realidad el único argumento sustantivo al respecto es el que se contiene en el siguiente motivo, último del recurso, donde se alega la violación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco incorporado como anexo a la Directiva 1999/70/CE, así como jurisprudencia que se invoca, especialmente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este motivo se complementa por un sexto donde se dice que los artículos 9, 14, 23 y 103.3 de la Constitución, así como 55 del Estatuto Básico del Empleado Público (la recurrente cita el texto legal de 2007, obviando su derogación y sustitución por el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015). En definitiva aquí lo que se plantea es que la fijeza debe ser la consecuencia de la vulneración de la Directiva 1999/70/CE, sin que pueda venir impedida por los principios de igualdad, mérito y capacidad. Después en el séptimo motivo se alega la vulneración de distinta jurisprudencia del Tribunal de Justicia para reclamar una indemnización por el incumplimiento de la indicada Directiva. Se trata de motivos todos ellos estrechamente imbricados y que han de analizarse ya de forma conjunta.

Para resolver sobre el fondo del recurso, al plantearse la vulneración de la Directiva 1999/70/CE y de jurisprudencia del TJUE al respecto, la Sección Segunda de la Sala consideró que era necesario resolver dudas relevantes sobre la aplicación del Derecho de la Unión, en concreto sobre la interpretación de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en interpretación y aplicación de la misma. Por ello elevó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido resuelta por este Tribunal, tras su acumulación con otras dos cuestiones elevadas por esta Sala sobre la misma norma, en sentencia dictada el 22 de febrero de 2024, tras lo cual consideramos necesario dar traslado a

las partes del litigio para que pudieran alegar sobre las consecuencias de la misma en relación con el recurso concreto, habiendo presentado alegaciones las dos partes.

En definitiva el fondo del asunto relativo a la aplicación al caso de la Directiva 1999/70/CE, considerando lo resuelto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 en los asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22 y en su jurisprudencia precedente, es el núcleo del debate del recurso y sobre el que se produce nuestra discrepancia con el criterio mayoritario de la Sala.

La sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2024 no es estrictamente novedosa, porque los criterios que aplica aparecían dispersos en la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según se verá. La importancia de dicha sentencia es en primer lugar que viene a codificar los mismos, de manera que no es posible ya eludir la visión global de toda esa doctrina hasta ahora dispersa en sentencias que resolvían cuestiones prejudiciales sobre la Directiva 1999/70/CE, muchas de ellas planteadas por órganos judiciales de otros Estados miembros. En segundo lugar dicha sentencia resulta importante porque realiza una clarificación que era muy necesaria en relación con lo que había dicho en el fallo de las sentencias de 14 de septiembre de 2016, C-184/15, Martínez Andrés y 3 de junio de 2021, C-726/19, IMIDRA. En estas sentencias había contestado afirmativamente a la cuestión sobre si la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo era suficiente para compensar la vulneración de la cláusula quinta del Acuerdo anexo a la Directiva. Esa cuestión no estaba en absoluto clara, puesto que esos pronunciamientos eran formalmente contradictorios con lo que previamente había dicho el mismo TJUE a partir de la sentencia de la Gran Sala de 4 de julio de 2006, C-212/04, Adeneler y en las subsiguientes, en las que se refería a la conversión en contrato indefinido, sin otros calificativos. Parecía por tanto que se había producido un defecto de entendimiento de la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo, considerándolo como trabajador indefinido sin más matices, puesto que efectivamente la inclusión en la denominación de dos términos de significado contrario entre sí lo convierte en un oxímoron de difícil comprensión sin una explicación detallada. Así, la calificación que ha hecho en su reciente sentencia el TJUE del contrato indefinido no fijo como modalidad de contrato temporal constituye el núcleo esencial de su decisión, a partir del cual se engarzan todas las demás piezas de su jurisprudencia anterior en un conjunto coherente.

Así se nos presenta un conjunto jurisprudencial de alcance europeo suficientemente coherente y de aplicación ineludible, aunque todavía quedan decisiones interpretativas pendientes de definición, como se verá, parte de las cuales quizá pudieran ser objeto de nuevos pronunciamientos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mientras que otras requieren una solución interpretativa propia en base al Derecho interno español. Por otra parte el desarrollo normativo de la Directiva 1999/70/CE compete en primer lugar al legislador, que es a quien se dirige el mandato contenido en su artículo 2 (“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”), mandato incumplido desde la fecha allí prevista. Todo lo cual quiere decir que puede ocurrir que se produzcan nuevas sentencias o desarrollos legislativos que alteren alguno de nuestros criterios, debiendo prestarse especial atención en el futuro próximo a lo que pueda resolverse por el TJUE en respuesta a la contestación de la cuestión

prejudicial C-331/22, planteada por el auto de 12 de mayo de 2022 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona, por si exigiera realizar alguna corrección.

Vamos a analizar en primer lugar cuál es la solución del caso que creemos que se impone en aplicación de la Directiva 1999/70/CE. Para ello vamos a diseñar una serie de tests o comprobaciones basado en la propia Directiva, de acuerdo con su interpretación jurisprudencial, el cual se puede aplicar con una cierta automaticidad a los casos que se planteen a efectos de determinar si se ha vulnerado la cláusula quinta de la misma. El primer punto consiste en analizar el ámbito de aplicación de la Directiva para comprobar que el supuesto de hecho encaja dentro del acuerdo marco anexo a la misma, lo que se hace en dos fases: primero se trata de comprobar si estamos ante un contrato de duración determinada y, en caso afirmativo, después se ha de comprobar que no esté dentro de las exclusiones del ámbito de aplicación de la Directiva. Si se determina que el supuesto de hecho está incluido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, ha de determinarse a continuación si estamos dentro del ámbito de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la misma (esto es, ante un supuesto de renovación de un contrato temporal o de contratos temporales sucesivos). Finalmente, en caso afirmativo, es preciso determinar si dicha cláusula quinta ha sido vulnerada. Una vez superado este test, si se concluye que en el caso concreto se ha producido la vulneración de la cláusula quinta del acuerdo marco, entonces habremos de analizar qué efectos se producen como consecuencia de tal vulneración y en particular si procede declarar la fijeza de la trabajadora y/o reconocerle la indemnización que solicita. Finalmente analizaremos la compatibilidad de la declaración de fijeza con el Derecho interno español y las consecuencias de la aplicación del principio de primacía.

SEXTO.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE

Lo primero que debemos hacer es perimetrar el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE. La cláusula segunda del acuerdo anexo a la Directiva define el concepto de “trabajador con contrato de duración determinada” diciendo que es “*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*”.

Esta definición había hecho surgir la duda sobre si un contrato de trabajo indefinido no fijo, tal y como ha sido configurado por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, es un contrato de duración determinada a efectos de la Directiva o bien podría entenderse como un contrato fijo con una cláusula resolutoria específica. Esta cuestión era básica y nuclear, porque de considerarse como contrato fijo no se le aplicaría la Directiva, incluida la cláusula quinta de su acuerdo anexo. Es cierto que el TJUE, en el auto de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C-86/149, León Medialdea contra Ayuntamiento de Huétor Vega y en el auto de 26 de abril de 2022 en el asunto C-464/21 (este último dictado después de planteadas nuestras cuestiones prejudiciales) vino a considerar a los indefinidos no fijos en los casos allí planteados como trabajadores temporales dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, pero en ambos casos lo hizo tomando en consideración conjuntamente el contrato indefinido no fijo y los contratos temporales anteriores encadenados que le precedieron. Por tanto no

era una cuestión que estuviera plenamente resuelta por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En nuestro Derecho interno la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (que es básica para su interpretación, dado que esta figura es de creación jurisprudencial y en lo esencial está regulada por la doctrina del Tribunal Supremo) ha oscilado, aunque optando generalmente por considerar el contrato como temporal. 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 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) 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”*. Posteriormente 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 y lo hizo en base a considerar a estos trabajadores como temporales al amparo de la Directiva 1999/70/CE, lo que le llevó a aplicar la prohibición de discriminación con los trabajadores fijos contenida en 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”*).

Por el contrario en otras sentencias como las de 2 de febrero de 2017 (recurso 53/2015 ó 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017) el Tribunal Supremo aproximó, sin llegar a equipararlos, a los indefinidos no fijos a trabajadores fijos: *“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)”*. En la sentencia de pleno de 28 de marzo de 2017 (RCUD 1664/2015), reiterada después por sentencias de 9 y 12 de mayo de 2017 (RCUD 1806/2015 y 1717/2015), recordó 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 tanto lo viene a considerar una figura intermedia entre ambas modalidades, lo que no cabe dentro de la Directiva 1999/70/CE que a este respecto es dual: o es un trabajador con contrato de duración determinada o no lo es.

Si estas sentencias pueden hacer dudar sobre si la Sala Cuarta del Tribunal Supremo había cambiado el criterio y consideraba que el trabajador indefinido no fijo ya no era un trabajador temporal, sino fijo (aunque más bien habla de un tertium genus, lo que no admite la norma europea, que no considera sino la existencia de contratos de duración determinada y contratos indefinidos), en las sentencias de 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), había invocado el 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), diciendo que “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. Y ya más recientemente en sentencia de 2 de marzo de 2021 (RCUD 617/2019), 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, asimilando a esos trabajadores a trabajadores temporales.

A la postre la clave es que el Tribunal Supremo considera que el contrato de indefinido no fijo no es un contrato sometido a condición sino a término, porque la Administración no es libre para convocar o no la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo, sino que está obligada a realizar esa convocatoria y por tanto aunque la concreta fecha en que se extinguirá el contrato es imprecisa, esa extinción deberá producirse necesariamente. Debemos subrayar este punto esencial, porque la sentencia reciente de la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de marzo de 2024 (recurso 775/2022), dictada ya después de la sentencia de 22 de febrero de 2024 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con conocimiento de la misma, sentencia que se citó reiteradamente durante la deliberación en el pleno para apoyar la negativa al reconocimiento de la fijeza, califica a los trabajadores indefinidos no fijos como trabajadores fijos, diciendo que la duración de su contrato no está sujeta a término sino a condición. Tal conclusión es sin duda paradójica, puesto que con dicho esquema resulta que para salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público se permitiría que cuando tales principios no sean respetados los trabajadores que hubieran accedido al empleo sin superar procedimientos selectivos permanezcan indefinidamente al servicio de la Administración, sin obligación por parte de ésta de convocar las plazas que ocupan, quedando tal convocatoria al arbitrio de la propia Administración. La juridicidad de dicha situación no parece que pueda ser aceptada en el plano teórico, aunque sí puede aproximarse a la realidad fáctica de nuestro país y de hecho en nuestra cuestión prejudicial ya pusimos de manifiesto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la situación real, pese a la teórica obligación de convocar las plazas, se aproximaba a la pura arbitrariedad administrativa, dado que la obligación de convocatoria (exigible en vía jurisdiccional contencioso-administrativa) no se ha reclamado judicialmente con habitualidad por los interesados y cuando tal cosa ha

ocurrido la respuesta judicial ha sido negativa. Podemos poner ahora como ejemplo la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 20 de febrero de 2024, recurso 150/2023, en la que se deniega la pretensión de que se incluya en un proceso de estabilización una determinada plaza ocupada por el demandante de forma interina desde el año 2009, diciendo la sentencia lo siguiente:

“Por otro lado, y tal como hemos señalado en sentencias anteriores de esta Sala, por todas STSJAS del 11 de septiembre de 2023, ROJ: STSJ AS 1942/2023, no todas las plazas estructurales tienen que estar cubiertas por funcionarios de carrera, personal laboral o estatuario interino, sino que es un objetivo razonable para acabar con el abuso en la contratación temporal, lo que no implica acabar con la temporalidad que en algunos ámbitos del empleo, incluido el empleo público, como ha reconocido el propio Tribunal de Justicia, es necesaria. Esto supone, en definitiva, que la propia Administración ha de contar con un cierto margen de discrecionalidad a la hora de llevar a cabo este proceso extraordinario de estabilización impuesto por la legislación estatal, margen de discrecionalidad en cuyo desarrollo se lleva a cabo tanto la negociación con la representación sindical como la adopción de orientaciones o criterios uniformes para las distintas Administraciones y dentro de cada Administración (en tal sentido nos hemos pronunciado en la sentencia de 3 de junio de 2023, PO nº 698/2022, en relación con los funcionarios docentes confirmando la legalidad de este mismo Acuerdo del Consejo de Gobierno que aprueba la Oferta de Empleo Público)”.

Debemos subrayar que en nuestra cuestión prejudicial ya presentamos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la realidad de dicha situación (en aquel caso con cita, como ilustración, de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número dos de Vigo en el procedimiento abreviado 105/2018) y pese a ello la respuesta del Tribunal de Justicia en su sentencia de 22 de febrero de 2024 es que los contratos indefinidos no fijos deben considerarse como contratos de duración determinada a efectos de la Directiva 1999/70/CE.

En todo caso la jurisprudencia social ha entendido que la declaración de trabajador indefinido no fijo determina la obligación (y no la mera facultad discrecional) de la Administración de convocar la plaza para su cobertura reglamentaria respetuosa con los principios de igualdad, por lo que la duración de la relación laboral indefinida no fija está sometida a un término que ha de llegar necesariamente, aunque en fecha imprecisa. Por ello el contrato debe considerarse, desde el punto de vista del Derecho interno, como de duración determinada. Y así lo dice con claridad la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencia de 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017) la Sala Cuarta del Tribunal Supremo:

“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”.

En definitiva, más allá de la calificación que pudiera dar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cuestión era la que pudiera dar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como intérprete unificador de la Directiva y en la sentencia de 22 de febrero de 2024 en respuesta a nuestras cuestiones prejudiciales dice:

“63. A este respecto, el tribunal remitente señala que, mientras que la extinción del contrato de un trabajador fijo está sujeta a las causas de extinción y a las condiciones generales establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo está sujeta, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a una causa de extinción específica. Así pues, en caso de conversión de la relación laboral de que se trate en un contrato indefinido no fijo, la Administración de que se trate está obligada a seguir el procedimiento para cubrir la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo, aplicando los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Una vez cubierta la plaza, el contrato del trabajador indefinido no fijo queda extinguido, salvo si el propio trabajador ha participado en el procedimiento y obtenido la adjudicación de la referida plaza.

64 Dicho tribunal puntualiza que, según el Tribunal Supremo, un contrato indefinido no fijo, cuya duración está limitada por la producción de un hecho o acontecimiento determinado, a saber, la adjudicación definitiva de la plaza ocupada por el trabajador en cuestión a quien haya superado la oposición que debe convocar la Administración de que se trate para cubrir dicha plaza, debe considerarse como contrato de duración determinada a efectos de la aplicación de la Directiva 1999/70.

65 Por ende, dada la naturaleza del contrato indefinido no fijo, tal como se define, según el tribunal remitente, en el Derecho español, debe considerarse que unos trabajadores como los demandantes en los litigios principales en los asuntos C 59/22 y C 110/22 tienen la condición de «trabajador con contrato de duración determinada», en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco, y, por lo tanto, están comprendidos en el ámbito de aplicación de este último”.

Y en base a todo lo anterior concluye que *“las cláusulas 2 y 3 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, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación de este último”.*

Por tanto queda claro que un trabajador que tiene reconocida la condición de indefinido no fijo es un trabajador temporal a efectos de la Directiva y por tanto se le aplica el contenido de la misma, queda dentro del perímetro de aplicación de la Directiva.

Al respecto debemos hacer tres observaciones:

- A) El hecho de que un trabajador sea considerado o declarado como indefinido no fijo no constituye por sí mismo una vulneración de la Directiva 1999/70/CE, sino simplemente determina que es un trabajador con un contrato de duración determinada al cual se aplica la Directiva.
- B) La conclusión de las sentencias de 14 de septiembre de 2016, C-184/15, Martínez Andrés y 3 de junio de 2021, C-726/19, IMIDRA, en el sentido de que la vulneración de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE determina la conversión del contrato en indefinido no fijo había de ser corregida, puesto que resulta absurdo que la consecuencia del abuso de la contratación temporal de lugar a la conversión del contrato en un contrato temporal como es el indefinido no fijo, siendo ya totalmente absurdo en el caso de que el contrato temporal objeto del abuso sea precisamente un contrato indefinido no fijo. El fallo de aquellas sentencias se fundaba en una defectuosa comprensión de la figura del trabajador indefinido no fijo creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de manera que parece que se entendió como sinónimo de trabajador fijo. Por eso ahora en el fallo de la sentencia de 22 de febrero de 2024 se corrige aquella conclusión y se habla ya de la conversión de los “contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente” en “contratos fijos”.
- C) La permanencia en la condición de indefinido no fijo, en cuanto pueda implicar una prórroga de dicho contrato de duración determinada, pasa a constituir un “hecho nuevo y distinto” a efectos del artículo 222.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto no puede considerarse que exista cosa juzgada cuando una persona que ha sido declarada en el pasado como trabajador indefinido no fijo en sentencia judicial firme reclama posteriormente la fijeza, porque el tiempo transcurrido en tal condición de indefinido no fijo tras su declaración judicial como tal es un hecho nuevo que implica una prórroga de la situación que puede por sí misma (o en conjunción con la situación anterior) dar lugar a la vulneración de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE.

SÉPTIMO.- EXCLUSIONES DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Para terminar de delimitar el perímetro de aplicación de la Directiva 1999/70/CE debemos fijarnos en primer lugar en que la cláusula dos del acuerdo anexo a la misma permite a los Estados miembros excluir de dicho ámbito 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.

A nuestro juicio esta exclusión implica dos cosas en caso de ser aplicada por la legislación del Estado:

- a) Que quien tenga un contrato vigente del tipo de los excluidos no puede invocar la Directiva, en concreto la cláusula quinta del acuerdo anexo, para reclamar la fijeza de su contrato.
- b) Que los contratos de esos tipos pueden ser válidamente excluidos por la legislación del Estado a efectos de determinar la existencia y duración del encadenamiento de contratos de duración determinada, al que nos referiremos más tarde. Este punto es importante porque desde el momento en que se incorporó en el Derecho español mediante el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio el límite al encadenamiento de contratos temporales fijado en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores y con independencia de sus diversas vicisitudes se ha excluido expresamente de aplicación de dicho límite y de cómputo a efectos del encadenamiento a los contratos formativos y tal exclusión está amparada en la cláusula segunda, número dos, del acuerdo anexo a la Directiva, a diferencia de lo que ocurre con otras exclusiones que se han previsto en dicho precepto.

En segundo lugar debemos considerar excluidos a quienes no tengan la naturaleza de trabajadores a efectos de la Directiva. Para decidir esta cuestión debemos empezar por recordar que desde la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de marzo de 1964 en el asunto 75-63, Unger, se entiende que cuando en una norma de Derecho Europeo se hace referencia al concepto “trabajador”, sin remitirse al Derecho de la Unión, dicho concepto es propio del Derecho de la Unión y no puede ser redefinido por normas de Derecho interno: “el concepto de «trabajador por cuenta ajena o asimilado», utilizado por el Reglamento no 3 del Consejo de la CEE relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes (DO 1958, 30, pp. 561 y ss.), tiene un alcance comunitario, por la misma razón que el término «trabajador» de los artículos 48 a 51 del Tratado CEE”. Esto es una consecuencia del principio de primacía del Derecho de la Unión, de manera que los conceptos utilizados en sus normas, salvo cuando se remitan para su precisión al Derecho interno, deben interpretarse de forma uniforme y autónoma, con independencia de la definición que pueda darse al concepto en el Derecho interno. Así el Tribunal de Justicia ha declarado que tiene el concepto del trabajador una persona en periodo de formación o prácticas considerado como no laboral en el Derecho interno, siempre que reúna los requisitos propios de la relación laboral, esto es, si concurre “la característica esencial de la relación laboral” que “es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración” (sentencia del TJCE de 3 de julio de 1986 en el asunto 66/85, Lawrie Blum). También en la sentencia de 13 de enero de 2004 en el asunto C-256/01, Allonby, dijo que “la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada de trabajador... si su independencia sólo es ficticia, disimulando así una relación laboral...”. Y en sentencias como las de 26 de marzo de 2015, Fenoll, C-316/13, y de 20 de noviembre de 2018, Sindicatul Familia Constanța y otros, C-147/17, entre otras, ha dicho que a efectos de aplicación de la Directiva 2003/88, que versa sobre una materia de seguridad y salud laboral (en concreto la ordenación del tiempo de trabajo) el concepto de «trabajador» no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales, sino que tiene un

alcance autónomo propio del Derecho de la Unión. Este concepto amplio de trabajador a efectos de la normativa de seguridad y salud laboral se ha asumido por la jurisprudencia interna española, por ejemplo en sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2023, recurso 128/2022.

Sin embargo en el caso de la Directiva 1999/70/CE el número uno de la cláusula segunda del acuerdo anexo contiene una remisión al Derecho interno de cada Estado para definir el concepto de trabajador: *“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”*. Esto podría hacer pensar que, a diferencia de lo que ocurre en otras normas del Derecho de la Unión, el concepto de trabajador en esta Directiva no tiene alcance europeo, sino que cada Estado debe aplicar el que haya definido como tal en su Derecho interno. Esta interpretación sin embargo ha sido rechazada por el propio Tribunal de Justicia en sentencias de 1 de marzo de 2012, C-393/10, O’Brien; 19 de marzo de 2020, C-103/18 y C-429/18 acumulados, Sánchez Ruiz y otros; 16 de julio de 2020, asunto C-658/18, Governo della Repubblica italiana (ver párrafo nº 117); ó 7 de abril de 2022, asunto C-236/20, Ministero della Giustizia. El problema se va a plantear esencialmente cuando se trate de aplicar la Directiva a relaciones de Derecho Administrativo, pero las mismas son ajenas a la competencia del orden jurisdiccional social, de manera que ningún pronunciamiento hemos de hacer sobre la misma.

En lo que se refiere a nuestro orden jurisdiccional, el problema se suscitara si hubiéramos de aplicar la cláusula quinta del acuerdo anexo a trabajadores contratados por las Administraciones o entes del sector público y que *“directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas”*. Es cierto que este caso ordinariamente no debe plantearse, puesto que *“las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos”* (artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, Real Decreto Legislativo 5/2015), de manera que ordinariamente no debe existir personal con contrato laboral, sometido a la competencia del orden jurisdiccional social, que desempeñe dichas funciones, pero no lo podemos descartar en todo caso porque al ser las relaciones de puestos de trabajo actos administrativos, conforme a la doctrina jurisprudencial vigente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sentencia de 15 de septiembre de 2014, recurso 209/2013), pudiera ocurrir que las mismas quedaran firmes e inatacables pese a que reserven a personal laboral puestos que debieran corresponder conforme a la norma legal a personal funcionario o simplemente tal situación derive de una actuación de la Administración contraria a norma. Y además debemos recordar que de acuerdo con el artículo 13.4 del Estatuto Básico del Empleado Público puede ocurrir que el personal directivo de las Administraciones (esto es, *“el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración”*) puede reunir *“la condición de personal laboral”*, en cuyo caso *“estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección”*. El artículo 13.2 EBEP, en relación con este personal directivo, dice que *“su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo*

mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia”, por lo que aquí de nuevo se podría plantear un conflicto entre la aplicación del principio de estabilidad en el empleo derivado de la aplicación de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE y los principios legales establecidos en la norma nacional.

En tales supuestos habríamos de plantearnos si el concepto de trabajador a efectos de la Directiva 1999/70/CE incluye a ese personal, teniendo en cuenta que a efectos de las normas sobre libre circulación de trabajadores no quedan incluidos los “*empleos en la Administración Pública*” (artículo 45.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Este concepto fue restringido en virtud de varias sentencias del Tribunal de Justicia como la de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79, Comisión/Reino de Bélgica, en la que dijo que “*para determinar si se trata de empleos en la administración pública en el sentido del artículo 48, apartado 4, del Tratado, procede examinar si los empleos en cuestión son, o no, característicos de las actividades específicas de la administración pública, en la medida en que la administración pública tiene conferido el ejercicio de la potestad pública y la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales del Estado*”, seguida de otras en el mismo sentido, lo que dio lugar a la Comunicación de la Comisión Europea 88/C de 18 de marzo de 1988, fijando una política a este respecto. En España ello llevó a restringir a los nacionales españoles la posibilidad de ocupar los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas que “*directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas*” (artículo 57.1 EBEP). No obstante dicha exclusión, al encontrarse regulada en el artículo 45.4 TFUE, solamente es aplicable en relación con las normas que regulan la libre circulación de trabajadores y no con carácter general a todas las normas europeas en el marco de la política social y que establecen derechos de los trabajadores.

Sin embargo también hay que tener en cuenta que una interpretación amplia de la Directiva 1999/70/CE, en cuanto pueda afectar a la forma de designación a los titulares de los puestos de trabajo que desempeñan esas funciones, pudiera ser contraria al artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea (“*La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro*”). Ahora bien, dado que tal cuestión también se suscita en la sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de marzo de 2024 (recurso 775/2022), debemos aclarar que a nuestro juicio la exclusión basada en dicho precepto no puede comprender todo tipo de funciones prestadas por trabajadores al servicio del sector público, puesto que difícilmente podrán encajarse todas ellas dentro de las “*funciones esenciales del Estado*”. Por el contrario, a la vista de los ejemplos que utiliza la propia norma (las que tienen por objeto “*garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional*”), creemos que solamente se refieren a funciones vinculadas al ejercicio de poder público estatal y no incluyen otros tipos de tareas, sin menospreciar en modo alguno la dignidad e importancia de todas y cada una.

Además para interpretar la exclusión del ámbito de una Directiva fundamentada en el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea hay que tener en cuenta lo que dijo al respecto el TJUE en la sentencia de 13 de junio de 2019, C-317/18, Correia Moreira (parágrafos 61 y 62):

“No puede interpretarse dicha disposición en el sentido de que, en un ámbito en el que los Estados miembros han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, permite privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión vigente en dicho ámbito”.

Por tanto el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea es interpretado como una norma que afecta al principio de atribución, esto es, que impide atribuir a las instituciones de la Unión Europea determinadas competencias que pertenecen al ámbito propio de la soberanía de los Estados. Si la Unión Europea actúa una competencia atribuida por los Tratados su ejercicio queda protegido por el principio de atribución y ya no puede oponerse frente al mismo el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea. El problema se sitúa entonces en la eventual ilegalidad de la atribución competencial. La cuestión por tanto en esos casos no se debe plantear en términos de interpretación de la Directiva 1999/70/CE, sino en términos de validez de la misma. Esto es, si hubiera de elevarse cuestión prejudicial debería hacerse en base a la letra b y no a la letra a del artículo 267 TFUE, esto es, en base a la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial *“sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”*. La materia litigiosa consistiría en determinar si la Unión, al dictar esa Directiva, tenía competencias para incluir en su ámbito de aplicación (especialmente en el ámbito de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo) al personal que desempeña funciones esenciales del Estado, puesto que al incluir a este personal en el ámbito de las cláusulas cuarta y quinta se está afectando a su estatuto y a su forma de selección y designación. Hay que tener en cuenta al respecto también que la Directiva incorpora un acuerdo de los interlocutores sociales de ámbito europeo en base al antiguo artículo 118-B del Tratado de la Comunidad Europea tal y como quedó redactado tras el Tratado de Amsterdam (actualmente recogido en el artículo 155 TFUE) y en ese caso la competencia de la Unión para dar valor de Directiva a un acuerdo queda limitada a *“los ámbitos sujetos al artículo 118”* (actualmente artículo 153 TFUE). Por último conviene recordar que los órganos jurisdiccionales nacionales, sean o no susceptibles sus decisiones de recurso jurisdiccional de Derecho interno, no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias, por lo que para dejar de aplicar una pieza legislativa del Derecho de la Unión en base a su invalidez deben acudir necesariamente a la cuestión prejudicial (sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1987, asunto 314-85, Foto Frost).

En todo caso esta será una de las comprobaciones que habrá de hacer el órgano judicial en los litigios sobre aplicación de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE, a efectos de plantearse si queda afectado el artículo 4.2 TUE, si bien se puede pensar que el número de casos de esta índole (relativos a “funciones esenciales del Estado”) que se puedan plantear dentro del orden jurisdiccional social no va a ser significativo.

OCTAVO.- CONTENIDO DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL ACUERDO ANEXO A LA DIRECTIVA

Una vez determinada que la Directiva es aplicable, porque nos encontramos ante un contrato de duración determinada y no es aplicable ninguna exclusión, la cuestión gira sobre si se ha producido en el caso concreto un incumplimiento de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE, por lo que debemos reproducir la literalidad de dicha cláusula:

“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”.*

NOVENO.- INAPLICACIÓN DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL ACUERDO ANEXO A LA DIRECTIVA 1999/70 A UN CONTRATO TEMPORAL ÚNICO QUE NO HAYA SIDO OBJETO DE RENOVACIONES.

La primera conclusión que se obtiene de la lectura de la norma es que la misma no regula:

- a) Ni la duración máxima de los contratos temporales;
- b) Ni la exigencia de causalidad para la contratación temporal.

En ese sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias de 23 de abril de 2009, C-378/07 a C-380/07, Angelidaki y otros y de 22 de enero de 2020, C-177/18, Baldonado Martín, ha declarado que la indicada cláusula quinta no obliga a fijar un límite temporal a la duración de un único contrato. Es imposible que ante un trabajador temporal vinculado a su empleadora por un único contrato se estime que la cláusula quinta ha sido vulnerada. A lo que obliga la citada cláusula es a establecer límites para el encadenamiento de contratos temporales (o sea a los contratos temporales sucesivos) y/o para las renovaciones de un contrato temporal. Y por tanto para determinar si a un caso es aplicable la cláusula quinta no basta con comprobar que estamos ante un contrato temporal, sino que

es preciso determinar si se ha producido un encadenamiento de contratos temporales o una renovación de un contrato temporal.

DÉCIMO.- CONCEPTO DE ENCADENAMIENTO O “CONTRATOS SUCESIVOS”

Como hemos visto la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE habla de la “duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada”. El primer problema entonces es determinar, cuando existan varios contratos de trabajo de duración determinada, en qué casos se pueden considerar “sucesivos”, esto es, cuándo existe un encadenamiento de contratos. El tema se aborda en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, dictada en Gran Sala, en el asunto C-212/04, Konstantinos Adeneler y y otros contra Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG). En la misma se analizó una norma de Derecho interno griego que decía que “*se considerarán “sucesivos” los contratos o relaciones laborales de duración determinada celebrados entre el mismo empresario y el mismo trabajador, caracterizados por condiciones laborales idénticas o similares, siempre y cuando entre ellos no haya transcurrido un intervalo superior a veinte días laborables*”. Dicha norma se consideró por el TJUE contraria al Derecho de la Unión, diciendo en el fallo de su sentencia que “*la cláusula 5 del 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 considera que únicamente deben calificarse de «sucesivos» a efectos de dicha cláusula los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a veinte días laborables*”. Esto se fundamenta en la sentencia diciendo que “*aunque esta decisión de remitir a las autoridades nacionales la determinación de las modalidades concretas de aplicación de los términos «sucesivos» y «por tiempo indefinido», a efectos del Acuerdo marco, se explica por el afán de preservar la diversidad de las normativas nacionales en esta materia, procede no obstante recordar que el margen de apreciación así atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco*” y “*en particular, las autoridades nacionales no deben ejercitar esta facultad de apreciación de tal modo que se llegue a una situación que pueda dar lugar a abusos, lo que sería contrario al mencionado objetivo*”. Se dice además que estamos ante un “*concepto clave, como es el de las relaciones laborales sucesivas, que resulta decisivo para determinar el propio ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales destinadas a aplicar el Acuerdo marco*”. Y añade que “*una disposición nacional que únicamente considera sucesivos los contratos de trabajo de duración determinada separados por un intervalo máximo de veinte días laborables puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del Acuerdo marco*” puesto que “*una definición tan rígida y restrictiva de las circunstancias en que unos contratos de trabajo que se siguen deben considerarse «sucesivos» permitiría mantener a los trabajadores en una situación de empleo precario durante años, ya que, en la práctica, al trabajador no le quedaría otra opción, en la mayoría de los casos, que aceptar interrupciones de unos veinte días laborables en la cadena de contratos celebrados con su empresario*”. Tal normativa “*entraña el riesgo de excluir de hecho a un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección que la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco pretenden dispensar a los trabajadores, vaciando de una buena parte de su contenido el objetivo perseguido por estas normas*” y además “*el riesgo de permitir que los empresarios utilicen abusivamente este tipo*

de relaciones laborales”, puesto que “al empresario le bastaría con dejar transcurrir un intervalo de sólo veintiún días laborables antes de celebrar un nuevo contrato de la misma naturaleza para impedir automáticamente la transformación de los contratos sucesivos en una relación laboral más estable, sea cual sea el número de años durante los cuales se haya contratado al trabajador de que se trate para ocupar el mismo puesto de trabajo y con independencia del hecho de que dichos contratos cubran necesidades, no de duración limitada, sino por el contrario «permanentes y duraderas”.

Esta sentencia nos da la pauta interpretativa para valorar el encadenamiento, en el sentido de que debe entenderse existente cuando la sucesión de contratos revele que se están cubriendo necesidades permanentes y duraderas y no de duración limitada.

En el auto de 12 de junio de 2008 en el asunto C-364/07, Spyridon Vassilakis y otros contra Dimos Kerkyraion, el Tribunal de Justicia añadió otros elementos de valoración. En concreto dijo que *“la cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional, como la que es objeto de la tercera cuestión prejudicial, en virtud de la cual sólo los contratos o relaciones de trabajo de duración determinada que estén separados por un período inferior a tres meses pueden ser calificados de «sucesivos» en el sentido de dicha cláusula”.* No obstante hay que matizar, lo que hacemos a partir de la versión íntegra del auto en francés, dado que no está disponible en castellano, que en los fundamentos del auto el Tribunal de Justicia aclara que el problema no se halla en la fijación de una concreta duración, sino en la rigidez y naturaleza restrictiva de la definición de lo que deban considerarse contratos de trabajo sucesivos. Por ello un periodo de tres meses no es en principio excesivamente rígido, sino que con carácter general se puede considerar como suficiente para interrumpir la relación de trabajo existente y que un contrato temporal ulterior ya no sea considerado “sucesivo”, en la medida en que si el empleador tiene que dejar transcurrir tal plazo parece difícil que pueda atender necesidades permanentes y duraderas de trabajo. Sin embargo señala el Tribunal que debe ser el órgano judicial el que casuísticamente valore en función de todas las circunstancias concurrentes si los contratos pueden considerarse sucesivos tomando en consideración el número de contratos suscritos con la misma persona, si se trata de cubrir o no un mismo tipo de trabajo, etc.

Entendemos por ello que, a falta de norma nacional, debemos partir de un periodo tipo de separación entre contratos de tres meses, pero ese periodo simplemente ha de tomarse como referencia de base, porque a partir de la misma hay que valorar las circunstancias del caso para determinar si la contratación se está utilizando para cubrir necesidades permanentes de plantilla del empleador, siendo relevante entonces comprobar el número de contratos que el trabajador ha tenido con el empleador, el tiempo transcurrido desde que comenzó el primero de ellos, si lo que se están cubriendo son trabajos de temporada o permanentes, si el periodo entre contratos coincide total o parcialmente con periodos vacacionales o corresponde a periodos de descanso debidos al trabajador y debidos en nómina, etc.. En definitiva se trata de utilizar unos conceptos que presentan una evidente analogía con el criterio denominado en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de “unidad esencial del vínculo” a efectos de determinar el tiempo de servicios para el cálculo de las indemnizaciones por despido y otras formas de terminación del contrato de trabajo, que con carácter general pueden ser

utilizadas de referencia en tanto en cuanto no se separen de la lógica que debe guardar el concepto “sucesivos” de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

UNDÉCIMO.- CONCEPTO DE RENOVACIÓN

La cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE no solamente obliga a limitar los encadenamientos de contratos temporales, sino también las renovaciones, lo que exige definir lo que hayamos de entender por renovación. En este sentido debemos partir de la definición del trabajador con contrato de duración determinada conforme a la Directiva, que es la de una relación entre un empresario y un trabajador en la 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”.

De esta manera cuando el final de la duración del contrato de trabajo se haya definido mediante una fecha, entonces habrá renovación o prórroga cuando el final del contrato se posponga a otra fecha distinta y posterior. Y cuando el final del contrato se haya vinculado a la realización de una obra o servicio determinado o a la producción de un hecho o acontecimiento determinado, sin conocerse exactamente la fecha, entonces habrá renovación o prórroga cuando se altere la causa de finalización pactada y se fije en otro hecho o fecha, de manera que el contrato pase a finalizar más tarde de lo inicialmente previsto.

La novedad interpretativa trascendental que introdujo la sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/19, IMIDRA, es que entendió que pese a que no se produzca una alteración de la causa de finalización pactada, puede considerarse que existe prórroga o renovación cuando se alteran sustancialmente las expectativas de duración. Así el TJUE vino a decir, en relación con los contratos de interinidad por vacante, que no es preciso que se produzca una renovación formal, por escrito, del contrato de duración determinada. Si *“el mantenimiento de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante”* entonces se debe entender que *“su relación de servicio ha sido renovada implícitamente durante varios años”*. De lo que se trata es de que el objetivo perseguido por la Directiva es evitar la utilización abusiva de contratos temporales por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal y por ello *“el concepto de «duración» de la relación laboral constituye un elemento esencial de todo contrato de duración determinada”*. *“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”* y *“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 manera que debe considerarse que la situación de un interino por vacante que permanece en su puesto durante años, sin que la Administración cumpla su obligación de cubrir la plaza que ocupa, *“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”.

En el mismo sentido en su sentencia de 22 de febrero de 2024 en las cuestiones prejudiciales ahora elevadas por esta Sala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aplicado exactamente el mismo criterio a la situación de los trabajadores indefinidos no fijos que permanecen al servicio de la Administración durante años sin que la Administración cubra la plaza que ocupan. Y por ello ha dicho que *“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, debe interpretarse en el sentido de que la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente”.*

Debemos precisar no obstante que, en el caso de los indefinidos no fijos, dado que normalmente la declaración como tales vendrá precedida de uno o varios contratos temporales cuyas irregularidades hayan dado lugar a la conversión del contrato en indefinido no fijo, esa conversión constituye ya un encadenamiento que hace que la situación quede bajo el ámbito de la cláusula quinta del acuerdo marco. Pero esto solamente ocurrirá si la conversión del contrato en indefinido no fijo es posterior a la fecha límite de incorporación de la Directiva, el 10 de julio de 2001, puesto que si la conversión es anterior a esa fecha ese encadenamiento quedará fuera del ámbito de la misma. En tales supuestos (contratos declarados indefinidos no fijos antes del 10 de julio de 2001) o en los demás en los que antes de la declaración del contrato como indefinido no fijo no haya existido un contrato temporal anterior sin solución de continuidad, el criterio aplicable para determinar si ha existido renovación será el mismo que se aplica a partir de la sentencia IMIDRA a los contratos de interinidad por vacante, computándose los plazos con una retroacción máxima al citado 10 de julio de 2001.

Por tanto en el caso de la persona contratada como interina por vacante como la de la indefinida no fija debe considerarse que se produce una renovación o reconducción tácita del contrato cuando permanece vigente sin que la Administración haya convocado en el plazo establecido un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza que ocupa. El problema entonces es determinar cuál es el “plazo establecido”. El criterio de algunos Tribunales Superiores de Justicia era el siguiente (por ejemplo, sentencia de la Sala de lo Social de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 19 de junio de 2013, recurso 890/2013):

“a) Aunque sin previsión expresa en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores , el artículo 4 del Real Decreto 2720/1998 , al regular el mismo, ha venido a permitir la contratación temporal "para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva". En tal caso la duración del contrato será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el

mismo objeto una vez superada dicha duración máxima. Pero "en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica"

b) Se trata entonces de determinar cuál es la duración máxima de la contratación en el caso de interinidades por vacante en las Administraciones Públicas, para lo que tenemos que acudir al Estatuto Básico del Empleado Público (hoy el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), cuyo artículo 70.1 dice: "Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años".

c) Esta Sala considera que si existe un puesto cubierto por un trabajador interino en la modalidad indicada es porque existe una plaza vacante dotada presupuestariamente y, por tanto, conforme al artículo 70 indicado del Estatuto Básico del Empleado Público, debe ser obligatoriamente convocada para procedimiento de selectivo de ingreso de personal, siendo objeto de la siguiente oferta de empleo público anual, que debe ser ejecutada en el plazo máximo de tres años. Por tanto, a partir del día primero del año natural siguiente a la contratación de interinidad por vacante se deben computar esos tres años y si al cabo de los mismos no se ha cubierto la plaza, entonces se habrá superado el plazo máximo de duración del contrato temporal previsto por el Real Decreto 2720/1998, con las consecuencias previstas para estos supuestos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, la conversión del contrato en indefinido".

Este criterio fue inicialmente rechazado por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, pero tras la sentencia del TJUE en el caso IMIDRA citada el pleno de la Sala Cuarta en sentencia de 28 de junio de 2021, RCUUD 3263/2019 dijo:

"Con carácter general no establece la legislación laboral un plazo preciso y exacto de duración del contrato de interinidad por vacante, vinculando la misma al tiempo que duren dichos procesos de selección conforme a lo previsto en su normativa específica (artículo 4.2 b) RD 2720/1998, de 18 de diciembre), normativa legal o convencional a la que habrá que estar cuando en ella se disponga lo pertinente al efecto. Ocurre, sin embargo, que, en multitud de ocasiones, la norma estatal, autonómica o las disposiciones convencionales que disciplinan los procesos de selección o de cobertura de vacantes no establecen plazos concretos y específicos, para su ejecución. En tales supuestos no puede admitirse que el desarrollo de estos procesos pueda dejarse al arbitrio del ente público empleador y, consecuentemente, dilatarse en el tiempo de suerte que la situación de temporalidad se prolongue innecesariamente. Para evitarlo, la STJUE de 3 de junio de 2021, citada, nos indica la necesidad de realizar una interpretación conforme con el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada incorporado como Anexo a la Directiva 1999/70/CE; y,

especialmente, nos compele a aplicar el derecho interno de suerte que se satisfaga el efecto útil de la misma, especialmente por lo que aquí interesa, del apartado 5 del citado Acuerdo Marco. En cumplimiento de tales exigencias esta Sala estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar mas de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga. Dicho plazo es el que mejor se adecúa al cumplimiento de los fines pretendidos por el mencionado Acuerdo Marco sobre contratación determinada y con el carácter de excepcionalidad que la contratación temporal tiene en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, ese plazo de tres años es o ha sido utilizado por el legislador en bastantes ocasiones y, objetivamente, puede satisfacer las exigencias que derivan del apartado 5 del reiterado Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Así, ese es el límite general que tienen los contratos para obra o servicio determinado [artículo 15.1 a) ET]; constituye, también, el límite máximo de los contratos temporales de fomento al empleo para personas con discapacidad (Ley 44/2006, de 29 de diciembre) y ha sido usado por el legislador en otras ocasiones para establecer los límites temporales de la contratación coyuntural. Por otro lado, tres años es el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 EBEP. La indicación de tal plazo de tres años no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a la finalización del mismo la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad. Tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor”.

El Tribunal Supremo, en lugar de establecer un criterio sobre la existencia de renovación o encadenamiento en el caso de contratos de interinidad por vacante, que es a lo que se refería el TJUE en su sentencia IMIDRA, vino a establecer jurisprudencialmente un límite máximo a la duración de los contratos de interinidad por vacante, incluso en el caso de contratos únicos, no encadenados ni renovados, que en principio quedarían fuera del ámbito de la cláusula quinta del acuerdo marco. En todo caso dicha sentencia estableció como criterio que la expectativa de duración de un contrato de interinidad por vacante es de tres años, plazo máximo para que la Administración cubra la plaza. Esto también lo entendemos aplicable a los contratos indefinidos no fijos, que presentan una evidente identidad de razón, esto es, la existencia del propio contrato, por su propia causa, revela la existencia de una vacante, que además por lógica necesariamente está dotada presupuestariamente (dado que se crea la obligación de pago de los salarios al temporal que la ocupa, así como de las correspondientes cotizaciones sociales) y ello obliga a su cobertura, debiendo ser el plazo para ello el mismo tanto si estamos ante una interinidad por vacante como ante un contrato indefinido no fijo.

Ahora bien, el que se supere ese plazo en el caso resuelto por el Tribunal Supremo, que es el de la interinidad por vacante, desde el punto de vista del Derecho interno produce la conversión del contrato en indefinido no fijo, pero a efectos de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70 lo único que implica es que se ha producido una renovación, de manera que la situación del trabajador indefinido no fijo, en cuanto trabajador temporal que debe ser considerado a efectos de la Directiva, entra dentro del punto de mira de la cláusula quinta. Ello no implica que se haya vulnerado la cláusula quinta, puesto que la misma no prohíbe los encadenamientos contractuales o renovaciones, sino que solamente obliga al Estado a fijar límites a los mismos. Por tanto para que se produzca la vulneración

de la cláusula quinta ante una situación de renovación tácita no basta la renovación en sí misma, sino que es preciso que se superen los límites al encadenamiento o renovación contractual.

DUODÉCIMO.- APLICACIÓN DE LOS LÍMITES AL ENCADENAMIENTO O RENOVACIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES EN CASO DE INCORPORACIÓN TARDÍA O INCOMPLETA DE LA DIRECTIVA

Es esencial por tanto dejar claro que la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE no determina que un encadenamiento de contratos temporales o la renovación de un contrato temporal sean ilícitos por sí mismos, porque lo único a lo que obliga esa pieza legislativa del Derecho de la Unión es a establecer límites al encadenamiento o renovaciones en orden a evitar abusos en la contratación temporal.

El texto literal de la cláusula no establece qué límites concretos hayan de fijarse, por lo que no tiene un contenido suficientemente claro y preciso como para permitir una aplicación directa de la norma, como se dice en la sentencia (Gran Sala) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de abril de 2008 en el asunto C-268/06, Impact:

“La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como anexo de la Directiva 1999/70, es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional, lo que, en cambio, no sucede en el caso de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco”.

Ahora bien, sería erróneo deducir de lo anterior que la cláusula quinta solamente tiene efectos jurídicos internos, una vez finalizado el plazo máximo de incorporación de la Directiva el 10 de julio de 2001, en la medida en que se haya incorporado la norma en la legislación interna y en los términos de dicha incorporación. Por el contrario de acuerdo con la sentencia Impact citada, dictada en Gran Sala, *“los Estados miembros están obligados, en virtud tanto de los artículos 10 CE y 249 CE, párrafo tercero, como de la propia Directiva 1999/70, 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”* y *“esta obligación 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 1999/70 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 lo cual *“los artículos 10 CE y 249 CE, párrafo tercero, y la Directiva 1999/70 deben interpretarse en el sentido de que una autoridad de un Estado miembro que actúe como empleador público no está autorizada a adoptar medidas, contrarias al objetivo perseguido por dicha Directiva y el Acuerdo marco respecto a la prevención de la utilización abusiva de contratos de duración determinada, que consisten en renovar tales contratos por una duración anormalmente larga en el período comprendido entre la fecha en que expira el plazo de adaptación a dicha Directiva y la de entrada en vigor de la Ley mediante la que se lleva a cabo dicha adaptación”.*

De dicha sentencia se desprende que una vez que el Estado miembro ha dictado la normativa de incorporación de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE, los organismos públicos y demás entidades del sector público a los que la Directiva le resulta directamente aplicable por tratarse de relaciones jurídicas “verticales” no pueden alegar el retraso en la incorporación de la misma para excluir del ámbito de aplicación de la norma interna que limita las renovaciones o encadenamientos de contratos de duración determinada a aquellos contratos vigentes entre el 10 de julio de 2001 (fecha en que finalizó el plazo de incorporación de la Directiva) y la fecha en que entró en vigor la norma de Derecho interno que da cumplimiento a la misma.

En el caso español la incorporación de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE se pretendió inicialmente que se había realizado por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, que introdujo en el artículo 15.4 del Estatuto de los Trabajadores un texto que decía que “mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán establecer requisitos adicionales dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal”. Por otra parte estableció en el artículo 15.1 un número de renovaciones máximas para los contratos por acumulación de tareas (una única renovación). Es obvio sin embargo que con dicha reforma legal no se había dado cumplimiento al mandato de la Directiva, porque solamente incluía un límite en forma de número máximo de renovaciones para un determinado tipo de contrato temporal. Por lo demás se remitía a un desarrollo por vía de negociación colectiva y según el Tratado de la Comunidad Europea (actualmente art 153.3 TFUE), aunque un Estado miembro puede confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las directivas en materia social, debe asegurarse de que llegada la fecha los interlocutores sociales hayan establecido, mediante acuerdo, las disposiciones necesarias, siendo el Estado miembro responsable de tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la directiva. Por tanto la remisión al acuerdo de los interlocutores sociales es válida como forma de incorporación de las Directivas en materia de política social en tanto en cuanto no haya llegado la fecha límite para realizar tal incorporación, porque a partir de esa fecha el Estado es responsable de que esa incorporación ya se haya producido.

Ello dio lugar a que por Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, se diera nueva redacción al artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, de manera que quedó redactado como sigue:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, 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, adquirirán la condición de trabajadores fijos. Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición

realizados con empresas de trabajo temporal. Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad”.

Se introdujo así un límite al encadenamiento de contratos temporales, tal y como exigía la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, pero que excluía una serie de contratos temporales del cómputo, lo que no permitía la Directiva. Por otra parte en relación con la aplicación del mismo a las Administraciones Públicas se incluyó una disposición adicional decimoquinta con el siguiente texto:

“Lo dispuesto en el artículo 15.5 de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de 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”.

Esa redacción contenía una obvia referencia a la figura de creación jurisprudencial de los indefinidos no fijos, diciendo que la vulneración de la prohibición de encadenamiento del artículo 15.5 en las Administraciones Públicas solamente produciría la conversión del contrato en indefinido no fijo y no en contrato fijo.

Ese precepto ha tenido numerosas vicisitudes ulteriores, tanto por modificaciones de su texto como por suspensión de su vigencia (Reales Decretos-leyes 10/2011 y 3/2021 y Ley 3/2012), siendo su redacción actual, a partir del Real Decreto-ley 32/2021, la siguiente:

“Sin perjuicio de lo anterior, las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas. Esta previsión también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal”.

El Real Decreto-ley 32/2021 ha dejado vigente el número tercero de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores que decía y dice:

“Para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5, solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. En todo caso, lo dispuesto en dicho artículo 15.5 no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley”.

De la existencia de dichas normas de incorporación de la cláusula quinta del acuerdo marco se deduce:

- a) Que cuando estemos dentro de su ámbito de aplicación, la vulneración de esas normas determina la vulneración de la cláusula quinta del acuerdo marco, con las consecuencias que a ello se asocian, esencialmente la conversión en trabajador fijo.
- b) Que desde el punto de vista temporal, conforme a la sentencia del TJUE *Impact*, para aplicar dicha limitación al sector público, en relaciones “verticales”, deben tomarse en consideración todo los contratos que hayan estado vigentes entre las partes a partir del 10 de julio de 2001, fecha en que finalizó el plazo máximo de incorporación de la Directiva 1999/70. Es muy dudoso que pueda darse validez a las suspensiones de vigencia de dicho precepto en el caso de relaciones verticales (o sea en el caso de trabajadores del sector público), puesto que tal suspensión no estaba autorizada por el Derecho de la Unión.
- c) Que sin embargo quedan fuera de su regulación numerosos supuestos, dado que en su primera versión excluía del cómputo los contratos de interinidad y de relevo (también los contratos formativos, pero esta exclusión estaba expresamente autorizada por la Directiva) y en su versión actual solamente incluye los contratos por circunstancias de la producción.

Cabría entonces preguntarse si dichas exclusiones son o no compatibles con el Derecho de la Unión y por tanto si se puede considerar que en las relaciones verticales (trabajadores del sector público) el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores es aplicable a todas las contrataciones de duración determinada, salvo a los contratos formativos. Es una interpretación que a priori sería posible, puesto que el legislador no ha dictado otra norma de aplicación de la cláusula quinta para los contratos y situaciones que, estando dentro de su ámbito, se han dejado fuera del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo esta Sala viene a entender que no es así porque la norma española era y es muy restrictiva en cuanto al tiempo máximo de temporalidad aplicable y contiene especialidades para las Administraciones, siendo las más destacables la exclusión de los contratos de interinidad (exclusión que por analogía debemos extender a los contratos indefinidos no fijos) y la expresa exclusión de la fijeza en la disposición adicional decimoquinta en su versión inicial, al remitir, aunque de forma algo críptica, a la conversión en indefinidos no fijos como sanción.

En la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 4 de julio de 2006, C-212/04, *Adeneler*, analizando la situación de Grecia se aprecia una situación semejante. En los párrafos 97 y 98 dice que “*el legislador helénico decidió imponer, como medida de aplicación del Acuerdo marco, una transformación en contratos por tiempo indefinido de los contratos de trabajo de duración determinada que cumplieran ciertos requisitos*” pero “*el ámbito de aplicación de dicha norma ha quedado limitado... a los contratos de trabajo de duración determinada de los trabajadores empleados en el sector privado*” y “*en cambio, en el sector público, el artículo 21, apartado 2, de la Ley 2190/1994 prohíbe absolutamente, so pena de nulidad, cualquier*

transformación en contratos por tiempo indefinido de los contratos de trabajo de duración determinada contemplados en el apartado 1 de dicho artículo”. Y ante esta situación, semejante a la española, el TJUE no entiende que la exclusión del sector público del ámbito de la Ley griega sea contraria a la Directiva (lo que le llevaría a aplicar dicha Ley también al sector público de manera directa), sino que considera que esa exclusión determina que dentro del sector público se produce una situación de falta de transposición de la Directiva de la que deben derivarse determinadas consecuencias.

Por tanto creemos que debemos seguir el mismo criterio de la sentencia Adeneler. Ateniéndonos a nuestra regulación de Derecho interno y en base a su ámbito de aplicación constatamos que no existe norma de incorporación de la cláusula quinta del acuerdo marco que sea aplicable al caso y por tanto no se trata de extender el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a supuestos no contemplados en el mismo, sino de aplicar la solución que proceda para los casos en los que el Estado no haya incorporado a su Derecho interno la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

DECIMOTERCERO.- APLICACIÓN DE LÍMITES AL ENCADENAMIENTO O RENOVACIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES EN CASO DE FALTA DE INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA

Nos encontramos por tanto en una situación de falta de incorporación de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva al Derecho interno por parte del legislador, pese a que el plazo venció el 10 de julio de 2001, habiéndose realizado solamente una incorporación muy parcial que deja fuera gran parte de los supuestos que debieran haberse regulado. Es claro por ello que existe un incumplimiento del Estado, pero el mismo es de naturaleza general y no alcanza a proyectarse sobre los casos concretos, por falta de precisión de la norma incluida en la Directiva. Pero tampoco en ese caso el que dicha cláusula quinta no sea incondicional y lo suficientemente precisa no significa que carezca de efectos jurídicos sobre las relaciones individuales de trabajo en todo caso. No se trata solamente de aplicar el principio de interpretación conforme, que llevaría a que fuera imposible aplicar la Directiva a situaciones internas cuando la legislación interna no permita una interpretación conforme. El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea nos dice que “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”, pero el Tribunal de Justicia ya estableció hace medio siglo que las Directivas forman parte del Derecho Comunitario y pueden ser alegadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales (sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn) y terminó precisando que el Estado miembro que no ha incorporado en plazo el contenido de las Directivas no puede prevalerse de su incumplimiento para eximir a sus poderes públicos de las obligaciones que les corresponden, por lo que si su contenido es suficientemente claro y preciso e incondicional puede invocarse frente a los poderes públicos (sentencias de 19 de enero de 1982, Becker ó 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, C-397/01). Se vino a distinguir así entre los llamados “efectos verticales”, esto es, en las relaciones jurídicas entre los poderes públicos y los ciudadanos y particulares y los “efectos horizontales”, esto es, en las relaciones jurídicas entre particulares. Las Directivas no incorporadas en plazo tienen efectos verticales en favor de los ciudadanos y particulares, pero no efectos verticales en contra del ciudadano o particular ni tampoco efectos horizontales. De una Directiva no incorporada no

pueden derivarse obligaciones para los particulares, ni frente a otros particulares ni frente al Estado (por ejemplo, sentencias de 26 de febrero de 1986, C-152/84, Marshall; 11 de junio de 1987, C-14/86, Pretore de Saló; 14 de julio de 1994, C-91/92, Faccini Dori; 7 de enero de 2004, C-201/02, Wells, 15 de enero de 2014, C-176/12, Association de médiation sociale), ni tampoco puede servir para determinar o agravar la responsabilidad penal (sentencias de 8 de octubre de 1987, C-80/86, Kolpinguis Nijmegen; 5 de julio de 2007, C-321/05, Kofoed). Ahora bien, aunque se trate de efectos horizontales, la falta de incorporación de la Directiva confiere al perjudicado el derecho a ser indemnizado por el Estado por los daños y perjuicios que sean consecuencia de ese incumplimiento, siempre y cuando el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos en favor de particulares, el contenido de estos derechos pueda ser identificado con precisión y exista un vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el daño (sentencias de 19 de noviembre de 1991, C-296/91, Francovich; 16 de diciembre de 1993 C-334/92, Wagner-Miret; 5 de marzo de 1996, C-46/93 y C-48/93, Brasserie du Pêcheur/Factortame). Ese derecho indemnizatorio también surge cuando el incumplimiento es imputable a un órgano judicial (sentencias de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, Köbler; 9 de septiembre de 2015, C-160/14, Ferreira da Silva).

En este caso dado que se trata de aplicar efectos verticales de la cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE, al estar ante una reclamación frente a un poder público, no cabe admitir que éste se prevalga de su incumplimiento para eludir la aplicación de la misma, o sea que es de aplicación directa y ello independientemente de que, aplicando el principio de interpretación conforme, fuera posible cohonestar el Derecho interno con el contenido de la Directiva. Aunque ello no fuera posible la Directiva es de aplicación directa.

La cuestión entonces es si la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE tiene un contenido suficientemente claro y preciso como para atribuir derechos a los particulares y ser susceptible de aplicación directa. Esta cuestión la resuelve el TJUE en la sentencia (Gran Sala) de 15 de abril de 2008 en el asunto C-268/06, Impact, cuyos párrafos 84 a 92 tienen el siguiente texto:

“84 Así, en su artículo 2, párrafo primero, la Directiva 1999/70 dispone que los Estados miembros deben adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por dicha Directiva.

85 Como ya se ha recordado en el apartado 41 de la presente sentencia, la obligación de los Estados miembros de alcanzar el resultado previsto por una directiva y su deber, conforme al artículo 10 CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros (véase la sentencia Von Colson y Kamann, antes citada, apartado 26). Tales obligaciones pesan sobre estas autoridades, incluidas, en su caso, las autoridades en su condición de empleador público.

86 Por lo que se refiere al objetivo prescrito por la Directiva 1999/70 y por el Acuerdo marco, como se deduce de los puntos 6 y 8 de sus Consideraciones generales, éste parte de la premisa de que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma general de relación laboral, aunque reconoce al mismo tiempo que los contratos de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores o para

determinadas ocupaciones y actividades (véase la sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 61).

87 En consecuencia, el Acuerdo marco concibe la estabilidad en el empleo como un componente primordial de la protección de los trabajadores (véase la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, Rec. p. I-9981, apartado 64), mientras que, como se deduce del párrafo segundo del Preámbulo del Acuerdo marco y del punto 8 de sus Consideraciones generales, los contratos de trabajo de duración determinada sólo en ciertas circunstancias pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores (véase la sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 62).

88 Desde este punto de vista, el Acuerdo marco pretende imponer unos límites a la utilización sucesiva de este último tipo de relaciones laborales, considerado fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados (véase la sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 63).

89 Como se desprende de la cláusula 1, letra b), de este Acuerdo marco, su objeto consiste en establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Según sus propios términos, la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco persigue específicamente este objetivo de prevención.

90 De ello se desprende que los Estados miembros están obligados, en virtud tanto de los artículos 10 CE y 249 CE, párrafo tercero, como de la propia Directiva 1999/70, 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.

91 Pues bien, esta obligación 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 1999/70 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.

92 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la tercera cuestión que los artículos 10 CE y 249 CE, párrafo tercero, y la Directiva 1999/70 deben interpretarse en el sentido de que una autoridad de un Estado miembro que actúe como empleador público no está autorizada a adoptar medidas, contrarias al objetivo perseguido por dicha Directiva y el Acuerdo marco respecto a la prevención de la utilización abusiva de contratos de duración determinada, que consisten en renovar tales contratos por una duración anormalmente larga en el período comprendido entre la fecha en que expira el plazo de adaptación a dicha Directiva y la de entrada en vigor de la Ley mediante la que se lleva a cabo dicha adaptación”.

Por tanto cuando el sector público actúe como empleador y por tanto estemos ante una relación vertical, en tanto en cuanto no dicte las normas de aplicación al caso y fije los límites y restricciones aplicables a los encadenamientos y renovaciones de contratos temporales que sean aplicables a estos casos, la Directiva no puede verse privada de su efecto útil en orden a conseguir el objetivo de evitar el abuso de la contratación temporal y por ello debe considerarse que estas entidades empleadoras públicas incumplen la cláusula quinta de la Directiva, en relación con concretas personas trabajadoras empleadas por las mismas, cuando como consecuencia del encadenamiento o renovación de contratos temporales la situación de temporalidad resulte “anormalmente larga”.

Llamamos la atención sobre el hecho de que el mismo concepto se utiliza en el párrafo 64 de la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16, Montero Mateos, (con el mismo ponente, Sr. Lenaerts) que dice:

*“En el caso de autos, la Sra. Montero Mateos no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, **inusualmente larga**, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo”.*

Es decir, la sentencia Montero Mateos conduce a la misma solución en el caso de contratos de interinidad por vacante que se renuevan tácitamente por incumplimiento de la obligación de cobertura reglamentaria y alcanzan una duración anormalmente larga.

Aunque la expresión concreta en la versión española de ambas sentencias no coincida en su literalidad (“anormalmente larga” frente a “inusualmente larga”) la Sala comprueba que en las versiones inglesa y francesa de ambas sentencias el término utilizado en las dos sentencias es el mismo (“unusually” o “inhabituellement”), lo que revela que simplemente estamos ante dos traducciones distintas del mismo término y que el concepto material es el mismo.

Por tanto para determinar si se ha incumplido la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, a falta de norma de incorporación aplicable que establezca un límite a la duración de las renovaciones del contrato temporal o a los contratos temporales sucesivos, debemos aplicar el concepto jurídico indeterminado de “duración anormalmente larga”.

Si se produce un encadenamiento de contratos temporales o una renovación de contratos temporales cuya duración total pueda calificarse como “anormalmente larga” el Estado habrá incumplido la cláusula quinta del acuerdo marco en el caso concreto y el trabajador podrá reclamar por dicho incumplimiento frente a un empleador público (efectos verticales de la Directiva). Cabe añadir que, como expone por ejemplo la sentencia de 3 de junio de 2021, C-726/19, IMIDRA, no se pueden admitir consideraciones puramente económicas, como pudieran ser las relacionadas con la crisis económica de 2008, para justificar la duración anormalmente larga de la contratación temporal renovada o encadenada. Por tanto, ante la

falta de incorporación por el legislador de la cláusula quinta de la Directiva, el límite aplicable no va a ser el que éste pudiera establecer y no ha hecho, sino que, como ultima ratio de defensa del efecto útil de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva, destinado a evitar el abuso de la contratación temporal como forma de cobertura de necesidades permanentes de mano de obra por el sector público, se debe considerar vulnerada la citada cláusula cuando la duración acumulada de los encadenamientos o renovaciones pueda considerarse “anormalmente larga”. Y esto nos obliga a dilucidar qué significado puede tener ese concepto jurídico en concreto.

DECIMOCUARTO.- CONCRECIÓN DEL CONCEPTO DE DURACIÓN ANORMALMENTE LARGA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

El concepto de duración anormalmente larga es un concepto jurídico indeterminado que debe precisarse por los órganos judiciales al aplicar la normativa referida. Ese concepto está vinculado, según la jurisprudencia del TJUE analizada anteriormente, al efecto útil de la Directiva, por lo cual el órgano judicial nacional, al establecer cuál sea esa duración anormalmente larga debe tener en cuenta que está buscando un máximo, un periodo más allá del cual la normativa nacional dejaría de cumplir el efecto útil que le exige la Directiva de evitar el abuso en la temporalidad. Por supuesto el legislador, si finalmente incorpora la Directiva mediante una norma, podrá fijar otro límite menor, pero el órgano judicial no puede buscar el límite temporal que le parezca más adecuado, sino aquel otro que constituya la frontera tras la cual la cláusula quinta del acuerdo marco quedaría privada de su efecto útil.

Para realizar esa búsqueda hay que tener en cuenta también que la función de un órgano judicial no es crear Derecho ex nihilo, sino interpretar el Derecho vigente, el cual no solamente está constituido por las normas positivas, sino también por los principios generales del Derecho que se desprenden de las mismas. Por tanto la determinación de qué deba entenderse como duración anormalmente o inusualmente larga en el Derecho español ha de intentar deducirse de la normativa vigente y de los principios generales que de la misma se puedan extraer. Es cierto que la sentencia del pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2021, RCU 3263/2019, utiliza también el mismo concepto y lo fija en tres años, pero en realidad observamos que se refiere a la duración máxima de un único contrato de interinidad por vacante (no a la duración máxima de los contratos temporales encadenados o renovados) y además lo aplica a efectos de la conversión del contrato en indefinido no fijo, que es otra modalidad de contrato temporal según hemos visto. Por tanto no nos parece una referencia que podamos usar a los efectos de que aquí se trata.

Buscando una referencia válida en las normas en orden a extraer un principio general, lo que la Sala debe analizar es cuáles han sido las decisiones del propio legislador cuando ha decidido que existe una anomalía en la duración de la situación de temporalidad por existir contratos temporales con los que se están cubriendo necesidades permanentes de empleo durante un tiempo excesivo a efectos de su corrección mediante un proceso de consolidación o estabilización. Y en ese sentido observamos lo siguiente:

La disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público dice que “las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a

puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005”. Esta disposición se incluyó en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (manteniéndose en el texto refundido) y hay que interpretarla conjuntamente con el artículo 70 del propio Estatuto que dice que la inclusión de las plazas en las ofertas de empleo público “*comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos*” y “*en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años*”. Por tanto recogía los puestos o plazas estructurales desempeñados interina o temporalmente desde dos años antes, que deberían recogerse en la oferta de empleo público del año siguiente a la entrada en vigor del EBEP (2008) y resolverse en un máximo de tres años desde la aprobación de la oferta pública de empleo. La oferta de empleo público debe aprobarse después de la correspondiente Ley de Presupuestos anual. La Ley de Presupuestos debe aprobarse antes del día primero del año natural al que se refiere, puesto que así lo dispone el artículo 134 de la Constitución, con independencia de las consecuencias que tenga el incumplimiento de esa obligación. En cuanto a la aprobación de la oferta de empleo público el artículo 70.2 EBEP solamente se refiere a que la se aprobará “anualmente”, sin especificar el plazo para ello. Originariamente, cuando ese instrumento de planificación del reclutamiento de personal se creó en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, el artículo 18 decía que “la publicación de la oferta obliga a los órganos competentes a proceder, dentro del primer trimestre de cada año natural a la convocatoria de las pruebas selectivas de acceso para las plazas vacantes comprometidas en la misma y hasta un 10 por 100 adicional”, por lo que, aunque no señalaba el plazo para la aprobación de la oferta, era evidente que preveía que se hiciera inmediatamente tras la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos anual. Aunque esa norma desapareció por la reforma del artículo por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, mantiene en su artículo 128.1 que “las Corporaciones locales aprobarán y publicarán anualmente, dentro del plazo de un mes desde la aprobación de su Presupuesto, la oferta de empleo público para el año correspondiente...”. Criterios semejantes se han mantenido en la legislación de las Comunidades Autónomas. Por ejemplo, el artículo 18.1 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, dice: “Aprobada la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid, y en el primer trimestre del año natural, se procederá a publicar la oferta de empleo público regional”. Por tanto entendemos que el margen para la cobertura de las plazas vacantes dotadas presupuestariamente es el siguiente: Deben ser incluidas en la oferta de empleo público del año natural siguiente, la cual debe aprobarse dentro del primer trimestre del año y ejecutarse por completo (esto es, habiendo finalizado los procesos selectivos con el nombramiento de los seleccionados) en el plazo máximo de tres años desde la aprobación de la oferta. Por lo cual venimos a aplicar como referencia la de los tres años naturales siguientes. Lo que significa que la pauta temporal derivada de la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público era que se incluyeran las plazas vacantes que se encontrasen desempeñadas interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005 en la oferta de empleo público de 2008 y por tanto que cualquier situación de desempeño interino o

temporal hubiera sido sustituida por el desempeño fijo antes del 31 de diciembre de 2010, lo que implica un plazo de temporalidad que el legislador pretende que no sea sobrepasado de seis años.

La Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, estableció en su artículo 19.uno.6 que determinados ámbitos y sectores dispusieran de una tasa para estabilización de empleo temporal “que incluirá hasta el 90 por ciento de las plazas que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016”. Añadía que “las ofertas de empleo que articulen estos procesos de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos Diarios Oficiales en los ejercicios 2017 a 2019 y serán coordinados por los Departamentos ministeriales competentes”, aplicándose a dichas ofertas lo dispuesto en el artículo 70 del Estatuto, esto es el plazo máximo de tres años para su ejecución, lo que siguiendo las pautas anteriores podría llevar la resolución de los procesos hasta finales de 2021 para el caso de las incluidas en la oferta de 2019. Las fechas fijadas, desde el 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2021, implican un plazo de temporalidad que el legislador pretende que no sea sobrepasado de ocho años.

El artículo 19.uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, autorizaba una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que debía incluir las plazas de naturaleza estructural que, estando dotadas presupuestariamente, hubieran estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2017 en una serie de sectores y colectivos. Las ofertas de empleo debían aprobarse y publicarse en los ejercicios 2018 a 2020, lo que implica un plazo de resolución de tres años que podría llegar por tanto a finales de 2022. Las fechas fijadas, desde el 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2022, implican un plazo de temporalidad que el legislador pretende que no sea sobrepasado de ocho años.

El artículo 2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020. Las ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización debían aprobarse y publicarse antes del 1 de junio de 2022, la publicación de las convocatorias de los procesos selectivos debía producirse antes del 31 de diciembre de 2022 y la resolución de estos procesos selectivos debe finalizar antes del 31 de diciembre de 2024. Las fechas fijadas, desde el 1 de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2024 de siete años, implican un plazo de temporalidad que el legislador pretende que no sea sobrepasado de ocho años.

Estas normas nos vienen a dar la pauta acerca de cuál sea el plazo que el propio legislador considera una duración anormal de la temporalidad que obliga a que, en el momento en que se haya visto superado, a poner fin a la situación de temporalidad y se encuentra dentro del margen de seis a ocho años. En todo caso el margen interpretativo de lo que debe considerarse como duración “anormalmente larga” no podría ir más allá de los ocho años,

debiendo situarse dentro del margen que resulta de los criterios aplicados por el legislador en estas normas mencionadas, entre seis y ocho años.

Precisamos que este margen temporal se encuentra en línea con el plazo que ha aplicado la última doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo como límite a la revisión de oficio de las convocatorias nulas en aplicación del artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común. En concreto ha entendido que el límite para la revisión de oficio se había superado por haber transcurrido más de seis años de inactividad (sin ejercitar acciones judiciales) ante una convocatoria de ingreso vulneradora de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, computados desde que quedó determinada con certidumbre la concurrencia de la causa de nulidad de la convocatoria (sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023, rec. 4987/2021).

Finalmente creemos importante subrayar que las normas antes citadas sobre procesos de consolidación o estabilización se refieren siempre a plazas ocupadas “ininterrumpidamente”. Aunque no podemos aplicar ese criterio estrictamente (ya que sería contrario a la cláusula quinta del acuerdo marco que se aplica también al encadenamiento de contratos sucesivos y permite ciertas interrupciones temporales entre los mismos), sí nos sirve para precisar que para computar el plazo de seis a ocho años, en el caso de contratos sucesivos con algún corte temporal entre ellos, se deben excluir del cómputo los periodos entre contratos.

En conclusión, cuando los contratos temporales encadenados o renovados superen en su conjunto una duración de seis a ocho años (plazo que habría que precisar por la jurisprudencia dentro de tales márgenes), excluyendo del cómputo los periodos entre contratos, debemos entender que el empleador público ha vulnerado la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE por haber alcanzado una duración anormalmente larga.

DECIMOQUINTO.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA QUINTA DE LA DIRECTIVA

La siguiente cuestión es determinar cuáles son las consecuencias del incumplimiento de la cláusula quinta del acuerdo marco y en este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido reiterativa en sus criterios, a partir de las sentencias de la Gran Sala de 4 de julio de 2006, C-212/04, Adeneler y de 15 de abril de 2008, C-268/06, Impact, que ha ido precisando en sentencias como las de 26 de noviembre de 2014, C-22/13, Mascolo, 7 de marzo de 2018, C-494/16, Santoro, 8 de mayo de 2019, C-494/17, Rossato, 3 de junio de 2021, C-726/19, IMIDRA o la de 22 de febrero de 2024 en los asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22. En virtud de lo expuesto en las mismas concluimos lo siguiente:

- a) La cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva no tiene un contenido suficientemente claro y preciso como para determinar la concreta consecuencia aplicable, debiendo ser el legislador nacional quien lo haga. Pero si el legislador no la ha establecido, el órgano judicial está obligado a aplicar la Directiva para que ésta alcance su efecto útil, aplicando una medida adecuada y suficiente para ello entre aquellas que están a su alcance.

- b) El margen del que dispone un órgano judicial para seleccionar la medida aplicable en caso de que una entidad del sector público haya vulnerado en un caso concreto la cláusula quinta del acuerdo marco no es coextenso con el margen del que dispone el legislador para ello, puesto que su papel constitucional no es el mismo. Mientras que el legislador crea Derecho y por ello puede decidir libremente (con los límites impuestos por la Constitución y los Tratados internacionales) la medida que debe adoptarse, el órgano judicial debe seleccionar aquellas medidas para cuya aplicación tenga una base jurídica suficiente en el Derecho vigente.
- c) Una de las medidas posibles sería imponer sanciones o exigir responsabilidad económica a los concretos directivos o encargados de la Administración que con su conducta hayan hecho posible la vulneración de la cláusula quinta del acuerdo marco, bajo la condición de que con tales medidas se alcance un efecto suficientemente disuasorio del incumplimiento. Podríamos preguntarnos si para que puedan considerarse adecuadas basta con que esas medidas estén previstas, con la suficiente concreción, en la legislación vigente o es necesario además que se acredite su efectiva aplicación práctica. También podríamos preguntarnos si lo que debe acreditarse es que las medidas sancionadoras se han aplicado en el caso de la concreta vulneración de la cláusula quinta enjuiciada o basta con una aplicación genérica, aunque no esté relacionada con el caso concreto. En todo caso, siguiendo la jurisprudencia del TJUE, el órgano judicial debe hacer una valoración del real efecto disuasorio de las medidas y a tales efectos parece evidente que no es lo mismo que la responsabilidad se exija a las concretas personas que han adoptado las decisiones administrativas y con cargo a su patrimonio o que se exija a la Administración y sea financiada con fondos públicos. Y desde ese punto de vista de valoración fáctica, si no se acredita que en el caso concreto se haya aplicado una concreta medida sancionadora o de exigencia de responsabilidad, difícilmente podrá admitirse que las que puedan existir en España, si es que alguna existe, tengan algún efecto disuasorio a la vista de la realidad de decenas de miles de personas empleadas públicas con contratos temporales renovados o encadenados durante largos años.
- d) La sentencia mayoritaria de la Sala alude genéricamente a la actuación de la Inspección de Trabajo, pero nosotros pensamos que no puede considerarse como medida disuasoria eficaz la existencia teórica de la posibilidad de imponer multas a la Administración en aplicación de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto). Por una parte, como dijimos, el órgano judicial debe hacer una valoración del real efecto disuasorio de las medidas y a tales efectos hay que considerar que esta Ley permitiría exclusivamente imponer multas a las Administraciones, multas cuyo pago sería financiado con fondos públicos y retornaría a la Administración sancionadora como ingresos. No se exigiría por tanto responsabilidad personal a los directivos o encargados que han de tomar las decisiones de contratación. Por otra parte esta norma solamente afectaría a las Administraciones cuando sean empleadoras de personal laboral. Incluso en el caso del personal laboral, la Ley es dudoso que la ley contenga un tipo infractor que sea aplicable para sancionar la duración anormalmente larga de un encadenamiento o renovación de contratos

temporales. En materia de infracciones administrativas el artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) describe el principio de tipicidad, diciendo que “sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley”. En relación con la exigencia de tipicidad, el Tribunal Constitucional ha diferenciado dos fases: en la norma y en su aplicación. En relación con la norma el principio de tipicidad se sustancia en el principio de taxatividad, el cual está dirigido tanto al legislador y nos dice que “han de configurarse las leyes sancionadoras, llevando a cabo el ‘máximo esfuerzo posible’ (sentencia 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (sentencia 151/1997). Sin embargo “el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada” (sentencia 151/1997). Después, a la hora de aplicar los tipos normativos el Tribunal Constitucional (por ejemplo, sentencias 120/1996 ó 133/1999) ha dicho que el principio de tipicidad “impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora”. Pero, “como quiera que dicha frontera es, en mayor o menor medida, ineludiblemente borrosa -por razones ya de carácter abstracto de la norma, ya de la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje-, el respeto del órgano administrativo sancionador al irrenunciable postulado del art. 25.1 C.E. deberá analizarse, más allá del canon de interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad, propio del derecho a la tutela judicial efectiva, con el prisma de la razonabilidad que imponen los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos que son los que sustentan el principio de legalidad”. En este caso el único tipo infractor que puede estar relacionado sería el número 2 del artículo 7 LISOS, esto es:

“La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva” (añadiéndose a partir del Real Decreto-ley 32/2021 que “a estos efectos se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas”).

Debemos entonces preguntarnos si este tipo infractor permite incluir dentro del mismo la superación, mediante encadenamiento o renovación de contratos temporales, de una “duración anormalmente larga” deducida a partir de la interpretación que hemos hecho de la normativa vigente. El texto del precepto habla de “transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales”, lo que significa que en su literalidad se refiere a

la regulación de cada tipo de contrato temporal o modalidad contractual y parece no contemplar la infracción de los límites al encadenamiento de distintos contratos temporales o de distintas modalidades. Por otra parte solamente permite sancionar la utilización de una modalidad contractual o tipo de contrato temporal superando los límites temporales “previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo” y como hemos visto la “duración anormalmente larga” tiene apoyo en una interpretación jurisprudencial, no en una norma positiva, de manera que la sanción impuesta por el incumplimiento de tal límite creado jurisprudencialmente pudiera no cumplir con las exigencias del principio de tipicidad. Por consiguiente es muy dudoso que la LISOS sea una norma que permita sancionar en todo caso las vulneraciones por las Administraciones y entes del sector público de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE y que por tanto constituya una medida disuasoria. En todo caso, a efectos de valorar su eficacia disuasoria, como ordena el TJUE que debe hacer el órgano judicial nacional, ni consta probado ni es notorio que esas sanciones se estén aplicando, ni que se hayan aplicado en el caso concreto enjuiciado, ni desde luego tendrían un efecto disuasorio, como demuestra palmariamente la realidad de decenas de miles de incumplimientos acumulados.

- e) Por otra parte un órgano judicial no puede crear normas sancionadoras o de exigencias de responsabilidades, sino que debe aplicar las que existan en la legislación vigente. En su sentencia de 3 de junio de 2021, C-726/19, IMIDRA, el Tribunal de Justicia ya dijo que la *“normativa nacional, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no parece incluir ninguna medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”*. En las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2024 preguntamos expresamente por las previsiones introducidas por la disposición adicional 34ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, sustituida después por la disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, así como por la nueva disposición adicional decimoséptima, número dos, del Estatuto Básico del Empleado Público introducida primero por el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, y después por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Esas normas dicen que las “actuaciones irregulares” en esa materia “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”. En relación con este punto el Tribunal de Justicia en su sentencia de 22 de febrero de 2024 ha dicho que *“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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas», cuando esas disposiciones nacionales no sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a*

la citada cláusula". Y ello teniendo en cuenta que en las condiciones referidas por la cuestión prejudicial, esto es, *“la expresión «actuaciones irregulares» no está definida y, por lo tanto, es demasiado imprecisa para permitir la imposición de sanciones o la imputación de responsabilidades que cumplan con un principio de tipicidad y certeza.... estas disposiciones nacionales no especifican las responsabilidades que se pueden exigir y se limitan a remitirse a «la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas», que no puede identificarse... y no tiene constancia de que se haya exigido responsabilidad a ninguna Administración Pública por haber promovido o suscrito sucesivos contratos temporales”*, no puede entenderse que haya un sistema de exigencia de responsabilidades efectivo y disuasorio. Por otra parte cabe añadir que si situaciones análogas a las aquí analizadas afectan, como es público y notorio (aunque solamente sea en base a los procesos de estabilización de trabajadores temporales convocados en los boletines oficiales al amparo de la Ley 20/2021), a decenas de miles de empleados públicos con contratos temporales, la efectividad disuasoria de las medidas que puedan existir ha de reputarse como nula y en realidad estamos hablando de una situación estructural que no deriva de incumplimientos identificables de concretos responsables administrativos. Por tanto en este ámbito nos parece indefendible que exista la posibilidad de adoptar medidas sancionadoras efectivas y disuasorias como respuesta a la vulneración de la cláusula quinta del acuerdo marco.

- f) Es jurisprudencia igualmente reiterada del Tribunal de Justicia que la convocatoria de la plaza cubierta por el trabajador temporal, de forma que la misma pueda ser adjudicada a otra persona produciendo la extinción de su contrato, no constituye una medida adecuada para reparar la vulneración de la cláusula quinta del acuerdo marco. Esta conclusión ha sido reiterada en la sentencia de 22 de febrero de 2024 en la que el Tribunal de Justicia ha dicho que *“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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada”*. En los párrafos 116 y siguientes de su sentencia el TJUE fundamenta este pronunciamiento y dice que *“aun cuando la convocatoria de procesos selectivos ofrezca a los empleados públicos que hayan sido contratados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones laborales de duración determinada la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo, ya que, en principio, pueden participar en dichos procesos, tal circunstancia no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada”*, puesto que *“esos procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos, en general, a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C 103/18 y C 429/18, EU:C:2020:219,*

apartado 100)”. “*Por lo tanto, dado que la convocatoria de dichos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones laborales ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión. Así pues, no parece que permita alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C 103/18 y C 429/18, EU:C:2020:219, apartado 101)*”. Por eso “*la convocatoria de los procedimientos de consolidación prevista en el Derecho español, sin perjuicio de la comprobación que incumbe al tribunal remitente, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivas relaciones laborales indefinidas no fijas y, por lo tanto, eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión*”, ya que en el desarrollo de los mismos el trabajador temporal puede perder su empleo. Ahora bien, este pronunciamiento permite alguna matización. La doctrina del TJUE solamente se refiere a las convocatorias realizadas después de que se ha producido el incumplimiento de la cláusula quinta, en el sentido de que no son medidas útiles para reparar el incumplimiento. No se refiere por tanto a las convocatorias de la plaza ocupada que se hayan hecho antes de que se produzca el incumplimiento, de manera que si estas se resuelven, adjudicando la plaza a otro trabajador con la consiguiente extinción del contrato del que la ocupaba, antes de que transcurran los siete u ocho años que hemos fijado como duración anormalmente larga, no se habría producido incumplimiento alguno de la cláusula quinta del acuerdo marco. Ello no obstante puede presentar problemas si la convocatoria que se hizo con antelación suficiente para evitar superar el límite de los siete años se viese paralizada por causas no imputables a la Administración, de manera que finalmente se superase el plazo de siete años. O bien si una persona interesada o una asociación u organización representativa de intereses difusos solicitase la convocatoria de la plaza con antelación suficiente para que la Administración cumpla su obligación de cubrir la misma por un procedimiento selectivo regular y, en caso de negativa, actúe tempestivamente los mecanismos legales a su disposición y con tal motivo la cobertura se demore. En tales casos podríamos estimar que la convocatoria sí permite evitar la fijeza del trabajador temporal, aunque finalmente la duración de su relación llegue a ser anormalmente larga, sin perjuicio de que si se llega a tal situación el trabajador temporal, si pierde su empleo habiendo superado los siete u ocho años de duración “anormalmente larga”, tenga derecho a recibir una indemnización en los términos que después veremos.

- g) La otra medida válida conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se convierte en obligada si no existe otra distinta, es la de reconocer la fijeza del trabajador. Es cierto que las sentencias de 14 de septiembre de 2016, C-184/15, Martínez Andrés y 3 de junio de 2021, C-726/19, IMIDRA, como señaló el letrado de la Comunidad de Madrid en sus alegaciones tras la sentencia recaída en la cuestión prejudicial 797/2021, habían dicho que la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo pudiera entenderse una medida suficiente para compensar la vulneración. Pero esos pronunciamientos eran contradictorios con lo

que previamente había dicho el mismo TJUE a partir de la sentencia de la Gran Sala de 4 de julio de 2006, C-212/04, Adeneler y en las subsiguientes, en las que se refería a la conversión en contrato indefinido, sin otros calificativos. Por tanto entendemos que la sentencia de 22 de febrero de 2024 implica la corrección de aquel criterio, muy probablemente debido a la extraña configuración jurídica de la expresión “indefinido no fijo” que pudiera haber implicado una confusión sobre su alcance. De hecho en el párrafo 128 de su sentencia dice claramente: *“De lo anterior se desprende que una normativa que establece una norma imperativa según la cual, en caso de utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada, como los contratos indefinidos no fijos de que se trata en los litigios principales, estos contratos se convierten en relación laboral de duración indefinida puede implicar una medida que sanciona efectivamente tal utilización abusiva y, por lo tanto, debe considerarse conforme con la cláusula 5 del Acuerdo Marco (sentencia de 8 de mayo de 2019, Rossato y Conservatorio di Musica F. A. Bonporti, C 494/17, EU:C:2019:387, apartado 40 y jurisprudencia citada)”*. Es evidente que al hablar de “relación laboral de duración indefinida” se refiere a la fijeza, puesto que ahora sí la distingue del contrato indefinido no fijo, al que califica como contrato de duración determinada. Por tanto lo que debe reconocerse es la fijeza plena.

DECIMOSEXTO.- SOBRE LA POSIBILIDAD DE RECONOCER UNA INDEMNIZACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA FIJEZA

Se ha planteado en el debate de la Sala la discusión sobre si la medida que deba adoptarse ante el incumplimiento de la cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE debe ser el reconocimiento al trabajador de una indemnización en lugar de la fijeza. En concreto esa opción interpretativa implicaría el reconocimiento de una indemnización durante la vigencia de la relación laboral temporal, una vez alcanzada la duración anormalmente larga, indemnización que habría de reiterarse periódicamente en tanto en cuanto se mantuviera la situación de temporalidad sin cobertura reglamentaria de la plaza. Se trata de una tesis que tiene su precedente en la sentencia de la sección primera de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de octubre de 2023, recurso 304/2023. Sin embargo todos los firmantes del voto estamos de acuerdo en que lo que debe reconocerse a título principal es la fijeza y no es posible sustituir la misma por la imposición de una indemnización. Solamente en el caso de que se rechace la declaración de fijeza podría plantearse la posibilidad de aplicar una indemnización suficientemente disuasoria para que la vulneración de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE no se quede sin consecuencia jurídica alguna y alguno de los firmantes de este voto así lo entienden, aunque en ese punto no existe coincidencia de criterio entre todos. No obstante consideramos que lo realmente correcto no es reconocer la indemnización y denegar la fijeza, sino reconocer la fijeza. Esto es así por lo siguiente:

En primer lugar debemos recordar la doctrina del TJUE que resume en la sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, C-494/16, Santoro:

“31. De ello se desprende 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 (sentencia de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 79 y jurisprudencia citada).

32 *El Tribunal de Justicia ha señalado que, como quiera que la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo marco 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, así como tampoco determina las condiciones específicas en las que pueden utilizarse los primeros, deja a los Estados miembros cierto margen de apreciación en la materia (sentencia de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 47).*

33 *De ello se deduce que la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público (sentencia de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 48).*

34 *Sin embargo, para que pueda considerarse conforme con el Acuerdo marco una normativa nacional, como la controvertida en el asunto principal, que solo en el sector público prohíbe transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada (sentencia de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 49)”*

De esta sentencia se desprende que el Estado puede decidir que en el sector público quede prohibido transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada vulneradora de la cláusula quinta del acuerdo marco, pero para que esa decisión normativa sea compatible con el Derecho de la Unión Europea “*el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada*”.

En dicha sentencia el TJUE, además de examinar los requisitos que deben cumplir las indemnizaciones, dice lo siguiente:

“52. A este respecto, se desprende de los autos en poder del Tribunal de Justicia que la normativa nacional incluye otras medidas destinadas a prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada. Por ejemplo, el artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo n.º 165/2001 establece que las administraciones están 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 es intencional o resultado de una falta grave. Además, esta infracción se tiene en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. A mayor abundamiento, el artículo 36, apartado 6, de

este Decreto Legislativo dispone 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.

53 Incumbe al tribunal remitente 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”.

Y por eso concluye que la normativa nacional es compatible con el Derecho de la Unión si la indemnización al trabajador (en las condiciones que veremos) va unida a un “*mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio*”:

“Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que la cláusula 5 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que... prevé la concesión de una indemnización... con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño..., siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente”.

Y ese pronunciamiento se lleva al fallo: “*siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio*”.

Por tanto la indemnización pudiera ser una alternativa a la fijeza pero para ser válida como tal debe estar “*acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio*”, que en nuestro Derecho está ausente según hemos visto antes. Esta configuración tiene una lógica que debemos explicitar.

Cuando se ha vulnerado la cláusula quinta del acuerdo marco en relación con un concreto trabajador, el reconocimiento de la fijeza implica dejar sin efecto la causa de temporalidad establecida en el último contrato, de manera que la entidad empleadora ya no puede dar por extinguido el contrato en base a la misma. Con ello se subsana hacia el futuro la vulneración de la citada cláusula quinta, si bien la vulneración no deja de haberse producido en tanto en cuanto se mantuvo la situación de duración anormalmente larga de la temporalidad. Por el contrario si se activa la causa de temporalidad y el contrato se extingue, la subsanación no se produce, sino que se perpetúa la vulneración de la cláusula quinta. En ambos casos la vulneración de la cláusula quinta se habrá producido, al prolongar indebidamente la situación de temporalidad, pero los daños derivados de esa vulneración son sustancialmente distintos:

-Si no se llega a activar la cláusula de temporalidad y se reconoce la fijeza estando el contrato vigente no aparece a priori ningún daño compensable. Solamente, por analogía con el supuesto resuelto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2023, C-113/22 y en la sentencia de pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2023, RCU 5547/2022, puede pensarse que en el caso de que una vez establecido jurisprudencialmente el criterio aplicable, si la Administración empleadora obliga al interesado a acudir a los tribunales para el reconocimiento de su fijeza

en casos en que claramente debiera haberlo hecho, haya de indemnizar al mismo los gastos objetivos causados por la necesidad de litigar.

-Si por el contrario se activa la cláusula de temporalidad y el contrato se extingue los daños que se producen son mayores, porque esa ilícita extinción implica la pérdida del empleo que no debiera haberse producido. Si tales daños no se cancelan mediante la readmisión, entonces los mismos tendrán una entidad mayor y aquí se aplica la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia.

Esto significa que la compensación de daños por vulneración de la cláusula quinta siempre es aplicable, tanto si se reconoce la fijeza como si no se reconoce, puesto que toda vulneración individualizable del Derecho de la Unión conlleva la indemnización de los daños y perjuicios producidos, pero la existencia y cuantía de dicha compensación dependerá de los daños que se acrediten en cada caso. Esto significa que el derecho indemnizatorio no puede considerarse como una medida alternativa a la fijeza, ni como una medida disuasoria de la vulneración de la cláusula quinta y por ello es necesario que sea acompañada de otra medida sancionadora que efectivamente sea disuasoria. La alternativa por tanto se sitúa entre el reconocimiento de la fijeza o la aplicación de medidas disuasorias, estando siempre presente el derecho a indemnización, si bien condicionado a la acreditación de un daño y su valoración. Si entendiésemos la indemnización (en el sentido de compensación de los daños acreditados por la vulneración de la cláusula quinta) como medida alternativa de la fijeza nos encontraríamos ante una situación jurídicamente absurda:

En tanto en cuanto no se active la cláusula de temporalidad el contrato seguiría vigente y no se producirían daños ni indemnización. La necesidad de abonar una indemnización compensatoria de todos los daños producidos, no tasada, nacería con motivo de la activación de la causa de temporalidad, poniendo fin al contrato, porque entonces tal activación sería ilícita (en cuanto supone actualizar la vulneración de la cláusula quinta) y además generaría daños. Por tanto la indemnización compensatoria de daños no disuadiría realmente la vulneración de la cláusula quinta (ya que la misma se produce por la prolongación anormalmente larga de la temporalidad), sino de aplicar la causa de temporalidad. O sea que se trataría de conseguir la fijeza por otros medios, disuadiendo a la entidad empleadora de extinguir el contrato invocando la causa de temporalidad. La naturaleza efectivamente disuasoria de la indemnización se obtendría cuando se consiga que la Administración no extinga el contrato en base a su temporalidad. Pero en tal caso se estaría actuando en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que exige es que se haga esa convocatoria para garantizar la cobertura de la plaza conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Llegaríamos al absurdo de que la indemnización serviría para disuadir a la Administración empleadora de cumplir con esa obligación de convocatoria de la plaza.

Para que la propia indemnización pudiera ser considerada una medida disuasoria de la vulneración de la cláusula quinta (esto es, de la perpetuación de la temporalidad, no de la activación extemporánea de la causa de temporalidad) debería ir más allá de la mera compensación de daños y adquirir una finalidad punitiva, esto es, tendría que ser utilizada como sanción, de manera que a la compensación de los daños acreditados en cada caso se le adicionara un componente punitivo que pudiera aplicarse durante la vigencia de la relación laboral con temporalidad anormalmente larga.

Pues bien, a nuestro juicio no es posible que un órgano judicial imponga una indemnización de naturaleza punitiva porque los “daños punitivos”, aunque sea una institución conocida y aplicada generalmente en el Derecho anglosajón (incluso con cuantías que asombran a un jurista continental), no es propia del ordenamiento jurídico español ni tiene amparo jurídico en el mismo. En este sentido hay que recordar lo que dijo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 17 de diciembre de 2015, C-407/14, Arjona Camacho c. Securitas Seguridad España S.A., al tratar el problema de las medidas disuasorias que debía establecer el Estado para garantizar el cumplimiento de otra Directiva (la 2006/54/CE) y la posibilidad de fijar daños punitivos:

“37. Por consiguiente, debe declararse que, al igual que el artículo 6 de la Directiva 76/207 y para que el perjuicio sufrido debido a una discriminación por razón de sexo tenga una indemnización o reparación efectiva de forma disuasoria y proporcionada, el artículo 18 de la Directiva 2006/54 obliga a los Estados miembros que elijan la forma pecuniaria a introducir en su ordenamiento jurídico interno medidas que prevean el abono de una indemnización que cubra íntegramente el perjuicio sufrido, según los procedimientos que determinen, a la persona que ha sufrido un perjuicio, pero no prevé el abono de daños punitivos.

38. Por otro lado, el artículo 25 de la Directiva 2006/54 dispone que los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de esa Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Este artículo establece también que las sanciones, que «podrán incluir la indemnización a la víctima», serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.

39. En consecuencia, mientras que el artículo 18 de la Directiva 2006/54 tiene por objeto imponer la reparación o la indemnización del perjuicio sufrido por una persona, se desprende del tenor del artículo 25 de dicha Directiva que éste confiere a los Estados miembros la facultad de adoptar medidas al objeto de sancionar la discriminación por razón de sexo en forma de indemnización concedida a la víctima.

40. De este modo, el artículo 25 de la Directiva 2006/54 permite a los Estados miembros adoptar medidas que establezcan el abono de daños punitivos a la víctima de una discriminación por razón de sexo, pero no lo impone.

41. En el mismo sentido, el artículo 27, apartado 1, de esta Directiva dispone que los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las establecidas en dicha Directiva.

42. En el caso de autos, el tribunal remitente señala que el concepto de «daños punitivos» no existe en Derecho español.

43. En estas circunstancias, a falta de disposición del Derecho nacional que permita el abono de daños punitivos a la víctima de una discriminación por razón de sexo, el artículo 25 de la Directiva 2006/54 no prevé que el juez nacional pueda condenar por sí mismo al autor de esta discriminación al abono de tales daños.

44. *Debe añadirse que, aun suponiendo que un Estado miembro decida adoptar medidas que permitan conceder daños punitivos a la persona discriminada, incumbe al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan establecer el alcance de la sanción, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad (véanse, por analogía, las sentencias Manfredi y otros, C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, apartado 92; Donau Chemie y otros C-536/11, EU:C:2013:366, apartados 25 a 27, y Hirman, C-174/12, EU:C:2013:856, apartado 40).*

45. *Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 18 de la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que, para que el perjuicio sufrido como consecuencia de una discriminación por razón de sexo sea efectivamente indemnizado o reparado de manera disuasoria y proporcionada, este artículo obliga a los Estados miembros que eligen la forma pecuniaria a introducir en su ordenamiento jurídico interno, según los procedimientos que determinen, medidas que establezcan el pago a la persona que ha sufrido un perjuicio de una indemnización que cubra íntegramente dicho perjuicio”.*

El Tribunal de Justicia reiteró dicha doctrina en relación específicamente con la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE en la sentencia de 8 de mayo de 2019, C-494/17, Rossato:

“42. Además, ni el principio de reparación integral del perjuicio sufrido ni el principio de proporcionalidad exigen el abono de una indemnización de carácter punitivo (véase en este sentido la sentencia de 17 de diciembre de 2015, Arjona Camacho, C-407/14, EU:C:2015:831, apartado 37).

43 *En efecto, estos principios obligan a los Estados miembros a establecer una reparación adecuada, que no se limite a una indemnización meramente simbólica, sin sobrepasar, no obstante, la compensación íntegra (véanse en este sentido las sentencias de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, apartado 28; de 2 de agosto de 1993, Marshall, C-271/91, EU:C:1993:335, apartado 26, y de 17 de diciembre de 2015, Arjona Camacho, C-407/14, EU:C:2015:831, apartado 33)”.*

Por tanto no debemos confundir la necesidad de una compensación íntegra del daño con una indemnización punitiva. El trabajador al servicio del sector público con contratos temporales renovados o encadenados de duración acumulada anormalmente larga es víctima de un incumplimiento de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE y por ello tiene derecho a ser indemnizado por la Administración empleadora de los daños y perjuicios que pueda haber sufrido. En los términos de la sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, C-494/16, Santoro, la indemnización debe permitir “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”. Por ello en su sentencia de 22 de febrero de 2024 el Tribunal de Justicia ha dicho que “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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva

de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos”.

Por tanto en caso de despido que suponga incumplimiento de la cláusula quinta del acuerdo marco, salvo que se produzca la readmisión en condiciones de fijeza, habrá de reconocerse una indemnización en los términos de la sentencia Santoro, esto es, que atienda a la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo, lo que exigirá tener en cuenta la edad y formación del trabajador, la protección que le puedan dispensar las prestaciones sociales a las que puede acceder, el tiempo que estuvo empleado y la situación del mercado, entre otros factores, todo ello destinado a hacer una valoración completa del daño. Esa indemnización tendría la misma finalidad que la que es objeto de discusión en el ámbito del Comité Europeo de Derechos Sociales en base al Convenio 158 de la OIT y al artículo 24 de la Carta Social Europea (sentencias de la Sala de lo Social de Cataluña de 23 de abril de 2021, rec 5233/2020, 14 de julio de 2021, rec 1811/2021, 13 de mayo de 2022, rec 500/2022, 4 de julio de 2022, rec 3909/2022, 11 de noviembre de 2022, rec 3368/2022 ó 30 de enero de 2023, rec 6219/2022), de manera que, en caso de ser aplicable finalmente en función de lo que pueda resolver el Comité Europeo de Derechos Sociales, se trata de dos fundamentos jurídicos distintos para la misma pretensión indemnizatoria, no de dos indemnizaciones distintas y compatibles.

Por el contrario si se reconoce la fijeza sin que la relación laboral se haya extinguido (o cuando se produce la readmisión, dejando así sin efecto la aplicación de la causa de temporalidad ilícita), igualmente existirá vulneración de la cláusula quinta del acuerdo marco y como consecuencia podrá nacer un derecho indemnizatorio, pero para que proceda alguna indemnización habrá de acreditarse cuál ha sido el daño producido. No estamos en materia de vulneración de derechos fundamentales, de manera que no es aplicable el artículo 183 de la Ley de la Jurisdicción Social y no puede presumirse iuris et de iure la existencia de un daño moral que haya que valorar. El daño indemnizable debe ser demostrado, efectivo y cuantificado. Por tanto en los términos antes mencionados por remisión a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2023, C-113/22 se podría llevar a considerar que la necesidad de litigar para el reconocimiento de la fijeza es lo que pudiera identificar los costes del litigio como daño compensable.

Reconocer en el caso de contratos vigentes daños no acreditados o punitivos, para darles una finalidad disuasoria, tendría un efecto singularmente perturbador. Para que cumpla esa finalidad disuasoria la indemnización punitiva tendría que tener carácter reiterativo en tanto se mantenga la situación ilícita de perpetuación de la temporalidad, con lo cual el trabajador temporal, a partir del momento en que su relación pueda ser considerada anormalmente larga, generaría, además de su salario, otro derecho económico indemnizatorio con finalidad disuasoria. Con ello se estaría haciendo de mejor condición económica durante su relación laboral a los empleados que no hayan pasado un proceso selectivo, a los que se deniega perpetuamente la fijeza y se le cambia por un pago económico (indemnización disuasoria), respecto de quienes sí lo hayan hecho, a los que sí se reconoce la fijeza y no tendrían derecho a dicho pago en concepto de indemnización disuasoria. Y ello en un contexto en el que los primeros pueden pasar muchos años en su puesto de trabajo sin garantía jurídica real y efectiva de que se llegue a convocar la plaza que ocupan. Por otra parte, aunque se

estimara aconsejable la fijación de una indemnización punitiva como alternativa a la declaración de fijeza, el abanico de posibilidades de que dispone un órgano judicial no es igual que aquél del que dispone el legislador, porque el órgano judicial no puede innovar el ordenamiento jurídico, sino solamente aplicarlo y por tanto debe tener una base jurídica suficiente para la medida que adopte. El reconocimiento de la fijeza tiene una base jurídica clara y suficiente en el Estatuto de los Trabajadores, lo que no ocurre con la imposición de medidas sancionadoras o exigencias de responsabilidades o eventuales daños punitivos.

DECIMOSÉPTIMO.- CONSECUENCIAS DEL RECONOCIMIENTO DE FIJEZA EN RELACIONES LABORALES VIGENTES.

Debe precisarse que el reconocimiento de la fijeza nada tiene que ver con otras características del contrato distintas y que no resultan afectadas por la misma, como puede ser especialmente si el mismo es un contrato a tiempo parcial, categoría regulada en la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la Unice, el CEEP y la CES. El concepto europeo de contrato a tiempo parcial incluye dos figuras distintas dentro del Derecho interno español: el contrato a tiempo parcial en sentido estricto del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y el contrato fijo discontinuo del artículo 16 de la misma norma legal (siempre que el periodo de llamamiento no exceda de un año), puesto que en ambos casos la “jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año” tiene “una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable”. Por tanto si el contrato temporal era a tiempo parcial o fijo discontinuo, el contrato fijo seguirá teniendo igual condición. Por supuesto es importante que en cualquiera de estos casos la Administración de cumplimiento a lo previsto en la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 97/81/CE, desarrollado en ambos artículos 12 y 16 del Estatuto de los Trabajadores (sin prejuzgar ahora la suficiencia de dicho desarrollo), pero ello no tiene que ver con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, que es de lo que aquí se trata.

Por otra parte, una vez reconocida la fijeza del contrato, el mismo queda fuera del ámbito del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE hacia el futuro. En particular no es aplicable la cláusula cuarta, de manera que la Directiva no se opondría a diferencias de trato en función, por ejemplo, de si el trabajador fijo ha superado o no un proceso selectivo, por ejemplo a efectos de concursos de traslado, promoción o criterios selectivos de los despidos colectivos, como la previsión que introdujo la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 3/2021, después de la Ley 3/2012, en la disposición adicional vigésima (hoy derogada) del Estatuto de los Trabajadores: “*Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior*”. La legalidad de cualquier disposición como esta tendría que enjuiciarse según su apoyo jurídico en norma con rango de Ley o reglamentaria y, desde el punto de vista constitucional, en base a la razonabilidad y proporcionalidad que justifiquen la diferencia, pero quedaría fuera, como decimos del ámbito de aplicación de la cláusula cuarta del acuerdo marco. Igualmente el hecho de que se haya incumplido la cláusula quinta del acuerdo marco y el resultado sea la fijeza del trabajador, no implica que éste tenga una mejor

condición que cualquier otro trabajador fijo, de manera que dejen de serle aplicables las causas previstas con carácter general de extinción del contrato o que la calificación de procedencia, improcedencia o nulidad siga parámetros distintos o que tenga derecho a una superior indemnización que la prevista en tales casos para el trabajador fijo.

Finalmente debe decirse que es dudoso cuál haya de ser la fecha de efectos de la fijeza si fuera preciso determinarla para aplicar alguna previsión legal o convencional en relación con algún derecho laboral. Se puede pensar que esos efectos hayan de retrotraerse a la fecha en que se produjo la vulneración de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, esto es, cuando la serie de contratos temporales sucesivos o renovaciones de un contrato temporal sobrepasó la frontera de la “duración anormalmente larga”, de manera que la sentencia tendría efectos meramente declarativos. Pero también puede pensarse que la sentencia es de naturaleza constitutiva y la fecha de efectos de la fijeza sería la de la sentencia judicial que la declara, puesto que la fijeza no es una condición subyacente que el órgano judicial descubra, sino, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que hemos visto, una medida que aplica el órgano judicial para sancionar el incumplimiento de la cláusula quinta de la Directiva. Un término medio sería adoptar una interpretación que, basada en la naturaleza constitutiva de la sentencia, sea más conforme con el principio de tutela judicial efectiva (que debe guiar nuestra aplicación de la norma no solamente en base al artículo 24.1 de la Constitución, sino también del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que es aplicable directamente al caso al tratarse de la aplicación del Derecho de la Unión), reconociendo la fijeza con efectos de fecha de presentación de la demanda, para evitar que la demora en la Administración de Justicia perjudique al demandante. Incluso, en caso de haberla presentado (aunque no sea preceptiva desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015), podría tener efectos desde la presentación de una reclamación administrativa previa, siempre que la misma hubiera sido seguida de la demanda. En todo caso no es éste un extremo que sea necesario precisar en este voto particular.

DECIMOCTAVO.- EVENTUAL CONTRADICCIÓN CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN LA CONTRATACIÓN LABORAL DEL SECTOR PÚBLICO.

Uno de los núcleos del debate dentro de la Sala precisamente ha versado sobre este punto, siendo el criterio mayoritario que no puede reconocerse la fijeza plena a aquel trabajador que no ha sido contratado tras pasar un proceso que cumpla los criterios de igualdad, mérito y capacidad, que la mayoría de la Sala piensa que derivan de la insoslayable aplicación de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución. De ahí que siempre haya que buscar una medida alternativa ante el incumplimiento por la entidad empleadora, cuando forme parte del sector público, de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Discrepamos de esta opinión mayoritaria por lo siguiente:

La legislación laboral no establece diferencias entre los conceptos de contrato indefinido y contrato fijo, siendo términos sinónimos, de manera que el uso de uno u otro término en el Estatuto de los Trabajadores (por ejemplo entre los artículos 8.2 ó 15.1 se usa el término “contrato indefinido” y en los artículos 15.4, 15.5 y 43.4 se utiliza el término de “fija” para referirse a la persona trabajadora con contrato por tiempo indefinido) no implica diferencia

jurídica alguna. La consecuencia de determinados incumplimientos temporales en materia de contratación temporal (falta de forma escrita, falta de precisión de la causa de temporalidad en el contrato, uso de contratos temporales fuera de los supuestos previstos legalmente, vulneración de sus límites y regulación, falta de alta en Seguridad Social, cesión ilegal de trabajadores, etc) determina la consideración del contrato como indefinido, al menos como presunción (artículos 8.2, 15.1, 15.4, 15.5, 43.4 del Estatuto de los Trabajadores). Solamente en el ámbito del Estatuto Básico del Empleado Público (primero en el artículo 11.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril y después en el mismo precepto del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, se vino a distinguir entre personal laboral fijo, por tiempo indefinido o temporal, lo que no es sino consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el contrato indefinido no fijo.

El concepto de trabajador o contrato “indefinido no fijo” es una creación jurisprudencial del Tribunal Supremo a partir de sus sentencias de 7 de octubre de 1996 (RCUD 3307/1995) y sobre todo de la sentencia del pleno de 20 de enero de 1998 (RCUD 317/1997). Conviene releer lo que dijo el Tribunal Supremo en esta sentencia de pleno citada, que es realmente la decisión fundacional de la figura del contrato indefinido no fijo:

“Hay que partir del artículo 19 de la Ley 30/1984, que establece que "las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad". Este precepto, que se califica en el artículo 1.3 de la citada Ley como una de las bases del régimen estatutario de la función pública, resulta aplicable, por tanto, a todas las Administraciones, y contiene un mandato cuyo carácter imperativo no puede desconocerse. Se impone en él 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 el propio precepto menciona y 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). Por su parte, el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, en la redacción de la Ley 23/1988, establece que con carácter general los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas han de desempeñarse por funcionarios con las únicas excepciones que menciona el párrafo segundo de este precepto...”

“Las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público”.

También dice:

“El ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaleciendo de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El ordenamiento

administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan”.

“A partir de estas consideraciones hay que examinar la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla a que se refiere la doctrina de la Sala a la que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico segundo. 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”.

De lo anterior resulta que la exigencia de aplicación a la contratación laboral por las Administraciones Públicas de los principios de igualdad, mérito y capacidad se deduce de una norma con rango legal (entonces el artículo 19 de la Ley 30/1984) y el conflicto entre esta norma legal y otra norma legal, como es el Estatuto de los Trabajadores, se resuelve mediante el principio de especialidad (*lex specialis derogat generalis*), considerando que la norma administrativa constituye una norma especial respecto de la laboral: “*Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan”.*

En esa sentencia fundacional por tanto la aplicación al personal laboral de los principios de igualdad, mérito y capacidad se deriva de la legalidad a la sazón vigente, siendo ambigua acerca de si dichos principios son también una exigencia constitucional ex artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, puesto que al respecto dice 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)”.*

En la actualidad el Estatuto Básico del Empleado Público (actualmente el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015) contiene una norma de rango legal esencialmente igual al antiguo artículo 19 de la Ley 30/1984 sobre el que el Tribunal Supremo fundó la doctrina del contrato indefinido no fijo, que es el artículo 55.1 (aparte de otras menciones en los artículos 1.3, 14.c y 61.6 y 7, refiriéndose también a la promoción interna y la carrera profesional):

“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”

La disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público además extiende la aplicación de *“los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59”* a *“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”*. En base a dicha disposición legal el Tribunal Supremo, modificando su doctrina previa, entendió aplicable la figura del contrato indefinido no fijo a las sociedades mercantiles públicas a partir de la sentencia de pleno de 18 de junio de 2020, RCUUD 2811/2018.

Todo esta normativa y la doctrina jurisprudencial sobre el contrato indefinido no fijo sigue vigente tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 en tanto en cuanto la solución que haya de darse al caso no pase por la aplicación de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por tanto cuando nos enfrentemos ante un supuesto de contratación laboral temporal en el sector público en el que la aplicación estricta de la legislación laboral determine la declaración de fijeza, el principio de especialidad de la ley administrativa (el artículo 55.1 del EBEP o su disposición adicional primera) dará lugar a la declaración del contrato como indefinido no fijo si con la declaración de fijeza se vulneran los principios de igualdad, mérito y capacidad establecidos por esa legislación administrativa, manteniéndose vigente la doctrina jurisprudencial actual. Por el contrario aquellos casos que entren dentro del territorio normativo de la cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE habrán de resolverse conforme a ésta, cuya aplicación debe hacerse de forma preferente sobre la normativa nacional en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión.

Esta contradicción entre la ley nacional y la Directiva tiene un alcance legal y deriva de una concreta interpretación jurisprudencial, por lo que perfectamente puede ser resuelta mediante el principio de interpretación conforme. En todo caso, al estar ante efectos verticales de la Directiva, tiene primacía el Derecho de la Unión.

El problema que se ha planteado es que se sostiene por la mayoría de la Sala que el eventual conflicto se produce entre la Directiva 1999/70/CE y los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, en base a que se dice que el reconocimiento de fijeza plena a quienes no hayan superado un proceso selectivo vulnera los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Sin embargo, como hemos visto, el propio Tribunal Supremo en su sentencia de pleno de 20 de enero de 1998 (RCUD 317/1997) no lo derivó de esos preceptos constitucionales, sino de la interpretación de dos leyes contrapuestas en base al principio de especialidad, siendo ambiguo en relación con su “conexión” con los indicados preceptos

constitucionales. Es cierto que tras esa ambigüedad inicial el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias posteriores, vino a fundamentar su decisión directamente en la aplicación de dichos preceptos constitucionales. Por ejemplo en sentencia de 4 de diciembre de 2009, RCU 1654/2009, con una dicción que se repite en numerosas sentencias, el Tribunal Supremo dice:

“... el acceso al empleo público está sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, como se desprende de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución y estos principios son aplicables tanto en el marco del acceso a los puestos de funcionarios, como en el que corresponde al empleo laboral estable...”.

Excepcionalmente en otras ocasiones negó la aplicación de esos principios constitucionales al personal laboral, por ejemplo en sentencia de 20 de octubre de 2015 (recurso 172/2014) en la que dijo que *“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)”*.

Este último pronunciamiento es excepcional en la doctrina de la Sala Cuarta, pero efectivamente coincide con el criterio del Tribunal Constitucional, según el cual los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no se aplican a la contratación de personal laboral. Así en la sentencia del Tribunal Constitucional 38/2007, planteada la cuestión sobre si la contratación laboral por las Administraciones Educativas de profesores de religión católica sin proceso selectivo alguno y sobre la base de las personas seleccionadas por el ordinario, el Tribunal Constitucional dijo:

“En realidad el eventual conflicto con la Constitución del sistema considerado se produciría por la vulneración únicamente del art. 14 CE, en relación con los arts. 9.3 y 103.3 CE, al tratarse de contratos laborales, en los que, 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), y constituir la religión uno de los motivos de discriminación expresamente vedados por el art. 14 CE. Por ello, el análisis de la cuestión planteada habrá de llevarse a cabo conforme a los criterios que se derivan del derecho a la igualdad garantizado en el art. 14 CE, recordando a este respecto que su vulneración “la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional (por todas, SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 5; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4)” (STC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3)”.

Esta es la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, sin que a nuestro juicio se pueda entender modificada de manera expresa y con vocación de permanencia en otras resoluciones como las que citan el Abogado del Estado en las alegaciones presentadas en el recurso de suplicación 753/2021 y el letrado de la Comunidad de Madrid en las alegaciones presentadas en el recurso de suplicación 797/2021 y que también han sido traídas a colación el debate del pleno de la Sala. En todo caso ello solamente llevaría a confirmar la existencia

de dos líneas interpretativas posibles sobre la aplicación al personal laboral del artículo 23.2 de la Constitución, lo que es obvio porque las interpretaciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional al respecto no son coincidentes.

Por tanto, si nos atenemos a la jurisprudencia constitucional citada y a la primera sentencia fundacional dictada por el Tribunal Supremo (no así a las posteriores) resulta que la figura de los contratados laborales indefinidos no fijos, basada en la prioridad de los principios de igualdad, mérito y capacidad, deriva exclusivamente de una interpretación de legalidad ordinaria y no constitucional, basada en el principio de *lex specialis* que tiene la legislación administrativa respecto a la laboral. Por tanto el reconocimiento de la fijeza que propugnamos no produciría un conflicto entre la Constitución y el Derecho de la Unión Europea.

En todo caso es cierto que en relación con la contratación de personal laboral por la Administración Pública y la aplicabilidad al mismo del artículo 23.2 de la Constitución existen dos interpretaciones en conflicto, la mantenida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (aún con oscilaciones), que lo considera aplicable y la mantenida por el Tribunal Constitucional (aún con oscilaciones), que no lo considera aplicable.

Por otra parte no cabe olvidar que incluso desde una perspectiva puramente constitucional y aunque entendiésemos aplicables al personal laboral los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución debemos partir de que ninguno de los derechos fundamentales puede reputarse como absoluto, puesto que todos encuentran sus límites cuando chocan con otros derechos o valores constitucionales. No estamos ante principios básicos y fundacionales del Estado recogidos en el título preliminar de la Constitución, sino en materia de derechos fundamentales donde la jurisprudencia recuerda de forma sistemática que ningún derecho fundamental es absoluto porque puede entrar en colisión con otros y en caso de conflicto debe hacerse una ponderación proporcionada de los derechos e intereses en juego. No debemos olvidar que el derecho al trabajo está constitucionalizado en el artículo 35.1 y el mismo implica el derecho a la estabilidad en el empleo, conforme a la interpretación adoptada en sentencias del Tribunal Constitucional 22/1981 y 192/2003, donde literalmente se dice:

“En su vertiente individual, el derecho al trabajo -artículo 35.1 de la Constitución- se concreta en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo”.

Así si el derecho del artículo 23.2 de la Constitución entra en conflicto con el derecho al trabajo, tal conflicto ha de resolverse aplicando una ponderación proporcionada a las circunstancias del caso sin que sea admisible que en todo caso se produzca el radical sacrificio de uno de ellos. Por alguna circunstancia que podríamos calificar de metajurídica, la tesis jurisprudencial dominante supone que en este caso los artículos 23.2 y 103.3 son totalmente prioritarios y absolutos, de manera que el conflicto con el artículo 35.1 se debe resolver siempre en contra del derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo. Por el contrario parece que tal ponderación (si puede llamarse así) resulta exorbitante y anómala y habrá que reconocer que debe haber algunas circunstancias en las que sea el segundo el que debe primar. La aplicación de la Directiva 1999/70/CE y el principio de interpretación conforme, adoptando una interpretación como la que propugnamos fundada en el concepto de “duración anormalmente larga” en los términos expuestos, creemos que permite alcanzar

un resultado mucho más equilibrado en la ponderación de los derechos y principios constitucionales en conflicto y ello aún admitiendo como hipótesis que los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución se entendiesen afectados en el caso de la contratación de personal laboral.

En definitiva, por una y otra vía es posible realizar una interpretación del texto constitucional conforme con las exigencias del Derecho de la Unión. En este contexto la duda sometida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la cuestión prejudicial que le fue elevada fue si el principio de interpretación conforme debe seguirse también cuando se trata de interpretar las Constituciones de los Estados miembros. Es sabido que dicho principio obliga al órgano judicial, cuando existen varias interpretaciones posibles de una norma de Derecho interno, a optar por la interpretación que sea compatible con el Derecho de la Unión.

En su sentencia de 22 de febrero de 2024 en respuesta a las cuestiones prejudiciales elevadas por esta Sala, el TJUE nos dice que *“es jurisprudencia reiterada que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero”* y *“esta obligación de interpretación conforme se refiere al conjunto de las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a dicha directiva [sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C 760/18, EU:C:2021:113, apartado 65 y jurisprudencia citada]”*. *“La exigencia de una interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al sistema del Tratado FUE, dado que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen [sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C 760/18, EU:C:2021:113, apartado 66 y jurisprudencia citada]”*, aunque *“ciertamente, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho interno tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional [sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C 760/18, EU:C:2021:113, apartado 67 y jurisprudencia citada]”*. *“No obstante, el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta [sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C 760/18, EU:C:2021:113, apartado 68 y jurisprudencia citada]”*.

Y el TJUE concluye:

“Por consiguiente, en los casos de autos, incumbirá al tribunal remitente interpretar y aplicar las disposiciones pertinentes del Derecho interno, en la medida de lo posible y

cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, de manera que se sancione debidamente ese abuso y se eliminen las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión... Por otro lado, si, en ese supuesto, el tribunal remitente considerase, además, que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, a diferencia de la del Tribunal Constitucional, se opone a tal conversión, el tribunal remitente debería entonces modificar dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo si esta se basa en una interpretación de las disposiciones de la Constitución incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco”. Por tanto, “corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5”.

En definitiva, existiendo interpretaciones divergentes de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, de manera que una de ellas evita el conflicto con la Directiva 1999/70/CE, el órgano judicial debe optar por esa interpretación, sin que sea relevante jurídicamente que la norma sujeta al principio de interpretación conforme sea la propia Constitución, según declara expresamente la sentencia del TJUE.

Los indicados principios, como antes señalamos, también tienen rango legal en base al Estatuto Básico del Empleado Público (artículos 55.1 y disposición adicional primera), pero el conflicto entre la norma administrativa y la legislación laboral en relación con el reconocimiento de fijeza, que es la base de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, no debe resolverse necesariamente con arreglo al principio de *lex specialis*, sino que cuando ello conduzca a un resultado contrario a la Directiva 1999/70/CE debe resolverse en base al principio de interpretación conforme, dando prioridad a la aplicación de la Directiva.

Debe matizarse que, como especifica la sentencia del Tribunal Constitucional 38/2007 en el párrafo arriba reproducido, el hecho de que no se aplique el artículo 23.2 de la Constitución a la contratación de personal laboral no significa que no se aplique el artículo 14, puesto que este último precepto sí es aplicable al reclutamiento de personal laboral por el sector público. No hay que confundir las consecuencias de dicho precepto con las de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, puesto que estos últimos obligan a seguir un determinado procedimiento selectivo de los candidatos al empleo público de Derecho Administrativo, el cual debe cumplir el requisito de publicidad y además resolverse con arreglo a los principios de mérito y capacidad. El artículo 14 de la Constitución es más limitado. Por una parte prohíbe la selección del personal contratado en base a criterios con significado discriminatorio (sexo, afiliación política o sindical, parentesco, etc.) y, por otra parte, al tratarse del sector público, sujeto a la interdicción de arbitrariedad (artículo 9.1), impone una obligación de trato igual a situaciones iguales. Los artículos 20 (igualdad) y 21 (no discriminación) de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que son aplicables directamente al estar dentro del ámbito del Derecho de la Unión, llevan a la misma conclusión.

Esto significa que cuando se acredite que en la selección del personal se han aplicado criterios discriminatorios, o bien se ha aplicado una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales sin una justificación objetiva y razonable, de manera arbitraria o

careciendo de fundamento racional, el acto separable de selección y contratación será nulo de pleno derecho (artículo 47.1.a de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común), lo que podrá dar lugar incluso a su revisión de oficio por el cauce del artículo 106 de la citada Ley 39/2015, aunque con los límites previstos en el artículo 110 de la misma Ley.

En relación con dicha posibilidad de revisión de oficio cabe destacar, por una parte, que tras la declaración de inconstitucionalidad de la disposición final 20 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, que modificaba el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Social, por sentencia del Tribunal Constitucional 145/2022, la competencia jurisdiccional sobre los actos administrativos de selección y, consecuentemente, de revisión de oficio de la misma, cuando se trate de personal laboral, corresponde a los órganos del orden jurisdiccional social.

Por otra parte el criterio jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en cuanto a los límites temporales que el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo impone a la revisión de oficio es que han de valorarse casuísticamente tomando en consideración esencialmente si las causas de nulidad eran públicas y conocidas y el tiempo transcurrido. Por ejemplo un caso en el que el proceso selectivo se desarrolla en los años 2007 y 2008 y en el año 2014 el Tribunal Supremo dicta sentencia declarando la nulidad de la misma base de la convocatoria en otros procesos análogos, pero la revisión de oficio no se solicita hasta 2020, el Tribunal Supremo entiende que se superan los límites del artículo 110 de la Ley 39/2015 porque “había transcurrido un tiempo excesivo desde que era pública y notoria la nulidad de bases idénticas a la aquí controvertida, declarada en otros procesos selectivos por sentencias de este Tribunal”, esto es, por haber transcurrido más de seis años desde que era pública la nulidad de aquella convocatoria de 2007 (sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2023, rec. 4987/2021 y las que en ella se citan).

DECIMONOVENO.- PRIMACÍA DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE SOBRE EL DERECHO INTERNO QUE ESTABLECE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO LABORAL.

Por lo anteriormente expuesto pensamos que es posible cohonestar, en base al principio de interpretación conforme, la legislación española, incluida la Constitución, con el reconocimiento de la fijeza en los términos expuestos en aplicación de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE. Pero en el caso de que dicha interpretación conforme no fuese posible entraría en juego el principio de primacía del Derecho de la Unión.

Es suficientemente conocido ese principio de primacía del Derecho de la Unión, según el cual en caso de contradicción entre la norma interna y la norma de Derecho de la Unión el órgano judicial debe aplicar la segunda (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de febrero de 29163, Van Gend & Loos, 15 de julio de 1964, Costa contra Enel ó 9 de marzo de 1978, C.106/77, Simmenthal). El principio de primacía implica que el órgano judicial debe dejar sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias al Derecho de la Unión, todo ello “con independencia del ejercicio de la facultad de que dicho órgano jurisdiccional dispone, en los casos previstos en el artículo 267 TFUE, párrafo segundo, de formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del citado principio” (sentencia del

Tribunal de Justicia de la Unión Europea -Gran Sala- de 19 de enero de 2010, C-555/07, Küçükdeveci). Por otra parte debemos reiterar que estamos ante una relación jurídica vertical, en la que la aplicación de la Directiva se alega por un ciudadano frente a un poder público y éste, como parte del Estado español, no puede prevalerse de su incumplimiento en la incorporación de la misma al Derecho nacional (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, 19 de enero de 1982, Becker y de 5 de octubre de 2004, C-397/01, Pfeiffer).

Lo específico de este caso es que el Derecho de la Unión (constituido por una mera pieza de Derecho derivado, como es una Directiva relativa a la contratación temporal, además originada en la negociación colectiva en el nivel de la Unión Europea) tendría primacía sobre la propia Constitución Española, si adoptamos la interpretación de la misma por el Tribunal Supremo en relación con esta materia. Pese a lo llamativo que esto pueda resultar, no podemos decir que existan dudas sobre la primacía del Derecho de la Unión sobre las normas de rango constitucional del Derecho del Estado. Desde el punto de vista interno, el tema está resuelto por el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, cuando se pronunció con carácter previo acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. En dicho pronunciamiento admitió la primacía del conjunto del Derecho de la Unión sobre el Derecho interno, en los términos y con los fundamentos que allí se explicitan, puesto que la primera cuestión iba referida al artículo I-6 del Tratado, cuyo tenor literal era el siguiente:

"La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros".

Aunque el citado Tratado no llegó a entrar en vigor, el contenido de la Declaración sobre la compatibilidad constitucional del principio de primacía del Derecho de la Unión sigue siendo aplicable (incluida la advertencia final contenida en el párrafo final del fundamento jurídico cuarto, a cuyo texto nos remitimos), aunque su referencia ahora sea la Declaración número 17 aneja al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa, que dice así:

“Declaración relativa a la primacía. La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260): «Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007: Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no

cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia».

Por otra parte el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya en su sentencia de 17 de diciembre de 1970, C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH, dijo que “*el recurso a normas o conceptos jurídicos del Derecho nacional para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad tendría por efecto menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho comunitario*”, por lo que “*la validez de dichos actos sólo puede apreciarse con arreglo al Derecho comunitario*” y “*al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma*”, de manera que “*la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado*”. Por tanto se trataba de una doctrina que formaba parte integrante del *acquis* comunitario cuando el Estado español prestó su consentimiento al Acta de Adhesión a las Comunidades Europeas en 1985.

En relación precisamente con la aplicación de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE y los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (aunque no en el caso español, sino de Grecia), la sentencia del TJUE de 11 de febrero de 2021, C-760/18, Dimos Agiou Nikolaou dice que el órgano judicial nacional está obligado a efectuar, en la medida de lo posible, una interpretación y aplicación de las normas de Derecho interno que permitan sancionar el abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión “*aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público*”.

A la vista de estos antecedentes pocas dudas podría haber sobre la aplicación del principio de primacía de la Directiva 1999/70/CE sobre los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución. Sin embargo consideramos que era necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial debido a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (manifestada en sentencias 58/2004, 232/2015 ó 37/2019 y todas las que siguen a esta última con idéntico contenido) según la cual “*resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga ésta o no rango de ley) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una duda objetiva, clara y terminante*” sobre la eventual contradicción de la misma con el Derecho de la Unión. Dice el Tribunal Constitucional que la duda objetiva puede derivar del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, de que, pese a haberse dictado una o más resoluciones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a dicha norma nacional, ninguna se haya pronunciado directamente sobre las cuestiones que se suscitan o bien por la conjunción de ambas circunstancias. Pues bien, aunque ese criterio del Tribunal Constitucional español resulte *prima facie* contrario al establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de Gran Sala de 19 de enero de 2010, C-555/07, Küçükdeveci, una elemental prudencia aconsejaba plantear la cuestión prejudicial sobre la aplicación del principio de primacía de la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE, muy especialmente si esa primacía ha de aplicarse

sobre una norma constitucional, como pudiera ser el caso si seguimos el criterio manifestado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremos.

Debemos subrayar por último que la aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea en relación con las normas internas que establecen los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público laboral no es novedosa, sino que el mismo ha sido adoptado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la sentencia de pleno 85/2022 de 28 enero (RCUD 3781/2020), siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio 2019 en el asunto C-317/18, Correia Moreira, si bien en aquel caso la Directiva cuya primacía se aplica sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad no es la 1999/70/CE sino la 2001/23/CE (véase al respecto la sentencia de esta Sala de 24 de mayo de 2023 en el recurso de suplicación 167/2023).

Podemos añadir finalmente una consideración en relación con este conflicto entre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público y el principio de estabilidad en el empleo defendido por la cláusula quinta del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE. Si esos principios de igualdad, mérito y capacidad (complementados por el principio procedimental de publicidad) se deben aplicar al acceso al empleo público, no es fácil explicar que puedan producirse supuestos como los enjuiciados y muchos otros similares, en los que encontramos a numerosos trabajadores que, sin haber superado procesos selectivos, prestan servicios para la Administración durante muchos años (incluso casi treinta en alguno de los supuestos sobre los que ha de resolver la Sala), de forma continuada o mediante contratos encadenados. Es difícil defender que tales empleados no hayan demostrado capacidad para su trabajo tras todos esos años de servicios, en ocasiones en puestos técnicos o de responsabilidad. Un espectador objetivo externo se preguntaría necesariamente sobre la forma en que esas personas han podido acceder a empleos públicos de tan larga duración fuera de todo procedimiento selectivo que cumpla con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Y la respuesta es que lo han hecho gracias a que la legislación y jurisprudencia han permitido que el acceso a las contrataciones temporales se lleve a cabo sin respetar esos principios, pese a que no hay nada en las normas que los formulan (sean de rango constitucional o legal) que excluya su aplicación al acceso al empleo público temporal. Si se aplicasen los indicados principios a la contratación de personal temporal, como parece que debiera hacerse, no se generaría ningún conflicto entre los mismos y el principio de estabilidad en el empleo. Pese a ello la legislación (el artículo 61.7 EBEP solamente exige la aplicación de sistemas selectivos a la contratación de personal laboral fijo) y la jurisprudencia (por ejemplo, la sentencia de 4 de diciembre de 2009, RCUD 1654/2009, antes citada, restringe la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad al empleo laboral “estable”) han dejado conscientemente a la contratación temporal fuera de esos principios constitucionales, dejando vía libre a formas poco claras de selección, pese a que una vez producido el acceso al empleo público por esta vía la duración del mismo puede prorrogarse muchos años. Esta infundada exención de la aplicación al empleo temporal de los principios de igualdad, mérito y capacidad es lo que ha provocado el conflicto jurídico entre éstos y el principio de estabilidad en el empleo. Como demostración puede traerse a colación la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2021, RCUD 3245/2019, en la que reconoció la fijeza a una trabajadora contratada como temporal por cuanto para su contratación temporal había superado un proceso selectivo para la cobertura de plazas fijas, pero sin obtener plaza, pasando entonces a una bolsa de

contratación temporal. Lo que implica que bastaría con aplicar con el necesario rigor los principios de igualdad, mérito y capacidad (acompañados del principio procedimental de publicidad) a los procedimientos selectivos de personal temporal para que ya no hubiera conflicto con las normas que disciplinan la contratación temporal.

VIGÉSIMO.- APLICACIÓN AL CASO DE LOS CRITERIOS EXPUESTOS

D^a RECURRENTE viene prestando para la demandada servicios en la vigilancia, detección y extinción de incendios forestales durante la época estival en todas las campañas desde 1994 hasta la fecha de la demanda. Le fue reconocida la condición de indefinida discontinua por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de diciembre de 2007, en cumplimiento de la cual la Administración demandada la incorporó en su plantilla como personal laboral indefinido discontinuo asimilado a la categoría de encargado II Área grupo B grupo III nivel 4º., aunque con distintas categorías. En tal condición ha continuado prestando servicios durante todas las campañas estivales. El 13 de noviembre de 2020 presentó reclamación previa pidiendo el reconocimiento de la condición de trabajadora fija y una indemnización, que no obtuvo respuesta. Aplicando los criterios anteriormente fijados al caso vemos:

1. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE

-Estamos ante una trabajadora con un contrato de duración determinada, puesto que el contrato de indefinido no fijo tiene tal condición.

-No se trata de un contrato formativo excluido del ámbito de aplicación de la Directiva

-Tampoco se trata de un contrato para cubrir un puesto de trabajo que directa o indirectamente implique una participación en el ejercicio del poder público o en funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas

Por tanto está dentro del ámbito de aplicación del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

2. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL ACUERDO MARCO

Desde el 10 de julio de 2001, fecha de entrada en vigor de la Directiva la trabajadora ha tenido uno o varios contratos para las distintas campañas estivales, que no constan exactamente cuáles hayan sido, hasta que en diciembre de 2007 se dicha sentencia que la declara indefinida discontinua y por tanto desde ese momento tiene un único contrato como indefinida no fija, de carácter discontinuo, hasta la fecha de la demanda.

Existe por tanto un encadenamiento de contratos (“contratos sucesivos” en la terminología de la Directiva) con motivo de la sentencia de esta Sala del año 2007, puesto que el contrato o contratos temporales anteriores se encadena con el reconocimiento de la condición de indefinida no fija (discontinua), que también tiene la condición de contrato temporal. Por otra parte la permanencia desde diciembre de 2007 en la condición de indefinida no fija por más de tres años, sin que el puesto fuera objeto de cobertura mediante la convocatoria, por sí solo equivale a una renovación tácita del contrato temporal de indefinido no fijo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

No constan en hechos probados interrupciones temporales en la contratación, porque se dice que ha prestado servicios desde su contratación en el año 1994 todas las temporadas estivales en la campaña de incendios, más allá de los periodos entre campañas, como es propio de los trabajadores fijos discontinuos, sin que ello suponga solución de continuidad del vínculo laboral.

Por consiguiente existe primero encadenamiento y después renovación y es una situación que entra dentro del ámbito de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

3. DURACIÓN ANORMALMENTE LARGA E INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL ACUERDO MARCO

El conjunto de la contratación temporal, desde el 10 de julio de 2001 en que finalizó el plazo de incorporación de la Directiva 1999/70/CE en el Derecho interno, hasta la fecha de la litis, ha superado muy ampliamente el plazo al que nos hemos referido (entre seis y ocho años, sin que a efectos de este voto particular sea preciso determinarlo con mayor precisión), por lo que su duración debe considerarse como anormalmente larga.

Estamos ante una relación vertical para la aplicación de la Directiva con efectos directos, dado que el empleador es una Administración Pública.

Por tanto la cláusula quinta del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE se ha incumplido por la entidad empleadora.

4. MEDIDAS DERIVADAS DE LA VULNERACIÓN DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL ACUERDO MARCO

No consta que se haya exigido responsabilidad alguna a ninguno de los directivos o encargados de la contratación por razón de la permanencia de la trabajadora temporal en su situación durante un tiempo anormalmente largo, ni que se haya adoptado ninguna otra medida análoga y suficientemente disuasoria. No consta actuación alguna de la Inspección de Trabajo, imposición de sanción o exigencia de responsabilidad.

No consta que se haya convocado un procedimiento de cobertura de la plaza, ni siquiera de la cubierta mediante contrato de interinidad por vacante.

Estamos ante una trabajadora con relación laboral vigente en la fecha de la litis y no ante un supuesto de despido, sin que queden acreditados daños, por lo que no cabe reconocer a la misma la indemnización de daños que pide.

Por consiguiente, no existiendo otras medidas adecuadas para sancionar el incumplimiento, procedería haber declarado la fijeza plena de la trabajadora. Conforme a lo igualmente explicado anteriormente, la fijeza se debe declarar en su condición de fija discontinua de las campañas de incendios.

La conclusión es que el recurso se debería haber estimado en cuanto a la pretensión de fijeza (como fija discontinua) y desestimado en cuanto a la pretensión indemnizatoria.

VOTO PARTICULAR

en parte concurrente y en parte discrepante con la sentencia de fecha ... de abril de 2024, dictada en el recurso de suplicación nº 830/2021, que, en ejercicio de la facultad conferida por los arts. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Emilio Palomo Balda.

I.- VOTO CONCURRENTE SOBRE LA INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA Y LA IMPROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN DE FIJEZA EN PLANTILLA

Estoy de acuerdo con la decisión de la sentencia mayoritaria de acoger el primer motivo del recurso de suplicación interpuesto por la actora, y, en su virtud, rechazar los efectos negativos de cosa juzgada y preclusión de la sentencia que en fecha 27 de diciembre de 2007 dictó esta Sala en el recurso de suplicación nº 1030/2007, aclarada por auto de 13 de febrero de 2008, en lo que concierne a la pretensión de reconocimiento de la fijeza de la relación deducida en este procedimiento, y, asimismo, expreso mi conformidad con la desestimación de los motivos tercero a sexto, encaminados a sostener esa petición, pero con el mayor respeto a los razonamientos que se despliegan en la sentencia en relación a dichos extremos, creo necesario dejar constancia de algunos argumentos que considero relevantes para apoyar la solución adoptada, máxime si se tiene en cuenta que en la deliberación se anunció la formulación de sendos votos particulares discrepantes con el sentir mayoritario del Pleno. A los dos temas citados se dedican las consideraciones que siguen.

PRIMERA.- Comenzando con la cuestión relativa a la preclusión y la cosa juzgada, es importante señalar que el Juzgado de lo Social fundó su pronunciamiento en el art. 400.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, argumentando que dado que en el litigio previo se declaró que la relación que mantenían las partes era, desde su inicio, de naturaleza indefinida discontinua, y no que fuera fija, opera la excepción indicada.

Dicho esto, debe ponerse de relieve que la trabajadora, en el anterior proceso, se limitó a solicitar el reconocimiento del carácter fijo o indefinido discontinuo del vínculo laboral en base al carácter permanente y cíclico de la actividad de vigilancia, detección y extinción de incendios forestales que, bajo la cobertura formal de contratos de trabajo de duración determinada, venía desarrollando desde el año 1994, y no interesó la declaración de fijeza en plantilla, ni hizo ninguna mención a la duración inusualmente larga de la relación ni a 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.

El problema se sitúa entonces en el ámbito de la regla preclusiva del art. 400.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a tenor de la cual, a efectos de cosa juzgada *“los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”*, lo que supone que el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada previsto en el art. 222.1 de ese mismo Texto legal se integra con la previsión de preclusión de alegaciones respecto de las vertidas en el primer pleito que incorpora la norma transcrita.

En el supuesto enjuiciado, la actora, en la causa iniciada mediante demanda presentada el 7 de septiembre de 2006, no estaba en condiciones de aducir los hechos y los fundamentos o

títulos jurídicos que sustentan la presente reclamación, lo que excluye la aplicación del art. 400.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como se desprende de lo que a continuación se expone.

A) En el plano fáctico, las circunstancias que la trabajadora pudo alegar y que la sentencia de 9 de abril de 2007, del Juzgado de lo Social núm. 13 de Madrid, recoge como probadas y que permanecieron inalteradas en suplicación, son que en las campañas de prevención y extinción de incendios correspondientes a los años 1994, 1995, 1997 a 2000, 2005 y 2006 había prestado servicios, mediante sucesivos contratos temporales, mientras que lo defiende en el actual litigio, iniciado por demanda formulada el 4 de febrero de 2021, y no pudo sostener en el anterior, es que, una vez firme el pronunciamiento recaído, la Comunidad la incorporó como trabajadora indefinida discontinua no fija, condición en la que la ha mantenido durante un período superior a quince años sin implementar medidas que hayan permitido superar esa situación y, en particular, sin proceder a la convocatoria de plazas fijas a las que pudiese optar.

En los catorce años y medio transcurridos desde la interposición de la anterior demanda se produjo, por tanto, una variación sustancial de los hechos relevantes que la actora pudo hacer valer en el año 2006, lo que impide aplicar la regla del art. 400.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la pretensión aquí articulada.

B) Desde la perspectiva jurídica, la demandante no pudo esgrimir en el procedimiento primigenio el título jurídico que invoca en el actual para fundamentar la pretensión de fijeza, lo que obliga a descartar asimismo la operatividad del precepto mencionado.

De un lado, en aquella fecha, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entendía, como sigue considerando en la actualidad, que el efecto dimanante de que las Administraciones Públicas celebren contratos temporales sucesivos en fraude de ley, es la conceptualización de la relación como indefinida no fija. De otro, en el año 2006 el Tribunal que tiene el monopolio final en la interpretación del derecho comunitario, no se había pronunciado acerca de si tal calificación era una medida suficientemente disuasoria a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada por parte de las Administraciones Públicas españolas, en los términos previstos en la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70, y ni tan siquiera sobre si los trabajadores indefinidos no fijos estaban comprendidos en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo.

Por tanto, dado que en el año 2006 la trabajadora tenía un interés legítimo en que se declarase que la relación era indefinida discontinua no fija, con lo que aseguraba su llamamiento por la Comunidad de Madrid hasta la cobertura reglamentaria de la plaza, y no existiendo en aquel momento ninguna posibilidad jurídica de obtener el reconocimiento de la fijeza en plantilla, debemos estimar plenamente justificada la promoción del litigio anterior y del presente, y concluir que la sentencia firme del primero no produce en este un efecto de cosa juzgada excluyente.

La interpretación alcanzada, además de no atentar contra el principio de seguridad jurídica que el art. 9.3 de la Constitución garantiza y de no vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de esa misma norma, al no haber sido resuelta ni podido decidir en el pleito anterior la cuestión suscitada en este, es la más adecuada desde la perspectiva del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.

C) Adicionalmente, hay que tener presente que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo viene proclamando, de forma reiterada, en términos que sintetiza la sentencia, de Pleno, de

27 de abril de 2022 (Rec. 116/2019), que el apartado segundo del art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está en relación de subordinación respecto del primero, en el que se establece que *"cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior"*, de forma, advierte el órgano de casación, que la aplicación del segundo apartado solo se justifica cuando entre los dos procesos -atendiendo al contenido de las demandas interpuestas - se hayan formulado las mismas pretensiones. Es en tal caso, afirma, cuando no cabe iniciar válidamente un nuevo proceso para solicitar lo mismo que en el anterior con apoyo en distintos hechos o diferentes fundamentos jurídicos, extendiendo por ello tal precepto la cosa juzgada material a todas las posibles "causas de pedir" con que pudiera contar el actor en el momento de presentar su demanda, pero únicamente respecto de la concreta pretensión deducida, sin que ello suponga determinar el objeto de la pretensión, sobre la que ha de decidir exclusivamente el accionante, que no está obligado a acumular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el demandado.

A la luz del criterio expresado, la pretensión ejercitada por la actora en el anterior proceso fue la de que se declarase la indefinición de la relación a la vista de la doctrina acuñada por la jurisprudencia social acerca de los efectos jurídicos derivados de la contratación temporal fraudulenta por parte de las Administraciones Públicas, y la acción que ahora plantea es la de fijeza en plantilla teniendo en cuenta la larga duración de la relación en su conjunto, incluido, en particular, el prolongado período servido como trabajadora indefinida discontinua no fija, y en base a la normativa y la jurisprudencia comunitaria, lo que constituye una razón más para declarar la inexistencia de preclusión y de cosa juzgada excluyente de la pretensión de fijeza deducida en este litigio.

SEGUNDA.- I.- La respuesta que ha dado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sentencia de 22 de febrero de 2024 (C-59/22), a las cuestiones prejudiciales planteadas en el marco del presente recurso de suplicación, condiciona, como no puede ser de otra manera, la decisión que corresponde adoptar sobre la pretensión de fijeza ejercitada por la actora. De ahí, que resulte oportuno sintetizar lo que al respecto declaró el tribunal comunitario en la mencionada resolución.

En primer lugar, aclara, en términos que resultan plenamente aplicables al supuesto enjuiciado, que:

1º) Un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos 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, y, por tanto, comprendido en su ámbito de aplicación.

2º) La expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en la cláusula 5 de dicho Acuerdo "comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente",

Establecido lo anterior, el órgano comunitario afirma que la cláusula citada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, como la española, no prevé ninguna de las medidas contempladas en esa cláusula, esto es, referidas a razones

objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a su duración máxima total y al número de sus renovaciones, ni «medida legal equivalente» alguna, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos, y que *“a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida”*.

Finalmente, el Tribunal advierte que *“corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5”*.

II.- Siguiendo con los razonamientos de la sentencia, para el TJUE nuestro ordenamiento no contempla medidas adecuadas para evitar y sancionar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos, consideración plenamente aplicable al presente caso habida cuenta que la actora lleva prestando servicios para la Comunidad de Madrid desde 1994, que en el año 2007 se le reconoció en sede judicial la condición de indefinida discontinua no fija, y que en la actualidad sigue vinculada con un contrato de duración determinada a efectos del Acuerdo referenciado, sin que exista constancia de que su empleadora haya adoptado medida alguna al respecto.

El Tribunal añade que, a la vista de la situación generada, de la que es víctima cualificada la aquí recurrente, la conversión de la relación en fija puede constituir la medida adecuada a los fines indicados. Además, emplaza a los órganos jurisdiccionales a modificar la doctrina elaborada en esta materia si consideran que está basada en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

Es importante poner de manifiesto que la sentencia no impone a las autoridades de los Estados miembros la obligación de transformar en fijos los contratos de todos los trabajadores indefinidos no fijos aun cuando el Derecho nacional no haya previsto una medida efectiva para sancionar el incumplimiento de la cláusula 5, y tampoco fuerza a los tribunales a pronunciarse en tal sentido y de forma indiferenciada.

III.- Con el fin de dar cabal cumplimiento a la encomienda realizada por el TJUE, las siguientes observaciones son necesarias.

A) La primera es que el órgano de casación social, en sesión no jurisdiccional que tuvo lugar el 7 de marzo de 2024, analizó el modo de aplicar la sentencia glosada, y con el deseo de llevar a cabo su correcta interpretación, y ante la existencia de importantes dudas acerca de su alcance en determinados aspectos, acordó iniciar las actuaciones a fin de formular una cuestión prejudicial ante el TJUE, que no consta haya ya redactado, en especial, *“para resolver las dudas acerca del modo en que compatibilizar la doctrina acuñada por la citada sentencia con las normas relativas al acceso al empleo público (incluyendo a los nacionales de los Estados miembros) así como con las reglas del ordenamiento jurídico nacional que garantizan el derecho de acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad”*.

Este dato es importante, ya que podemos pensar que si el Tribunal Supremo considera, siquiera sea implícitamente, que no puede corregir su doctrina y calificar como fijos a los trabajadores indefinidos no fijos con fundamento en la cláusula 5 de la Directiva sin que resulten afectados los principios a los que alude y que el eventual decaimiento de los

mismos, para dar cumplimiento a esa estipulación en la forma en que la interpreta la sentencia de 22 de febrero de 2024, le suscita dudas, esos mismos interrogantes deben servir para que esta Sala no adopte una decisión que puede tener serias implicaciones negativas tanto para otros trabajadores que han accedido a un empleo fijo tras superar un concurso en el que se han respetado esos principios y que podrían verse postergados a efectos de promoción profesional y de provisión de puestos, entre otras materias, si prospera la tesis que defiende la recurrente, que solicita se le declare fija “a todos los efectos”, como para aquellos que están participando en convocatorias públicas de empleo, intereses dignos de protección que el TJUE no ha tomado en consideración.

B) La segunda puntualización tiene que ver con los principios y valores constitucionales en juego. En relación con este punto, procede recordar que, según doctrina constitucional reiterada sobre el ámbito subjetivo de aplicación del derecho fundamental a la igualdad en el acceso al empleo público reconocido en el art. 23.2 de la Constitución, complementado por lo dispuesto en el art. 103.3, que impone que el acceso se haga en base a criterios de mérito y capacidad, las funciones públicas englobadas en la protección que dispensan dichos preceptos son aquéllas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, sin que tales disposiciones resultan aplicables al personal laboral contratado por las Administraciones Públicas. En tal sentido, se pronuncian, entre otras, las sentencias 86/2004, de 10 de mayo, y 132/2005, de 23 de mayo.

Ahora bien, como señaló esa misma Corte en la sentencia 236/2015, de 19 de noviembre, la jurisprudencia constitucional reconoce que el art. 14 de la Norma Fundamental garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público no funcionarial, por lo que indica el Tribunal *“ya sea a partir del art. 23.2 CE o del art. 14 CE resulta aplicable un canon parcialmente equivalente de enjuiciamiento, con independencia del carácter funcionarial o laboral del personal afectado, en la medida en que la igualdad que garantiza el art. 23.2 CE en el acceso a las funciones públicas que desempeña el personal estatutario constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 en el conjunto de las funciones públicas”*.

Con esta perspectiva, debemos afrontar el reto al que nos enfrenta la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2024, la cual, cabe resaltar, no contempla el problema desde el punto de vista del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución, omisión que resulta relevante dado que el art. 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley y el TJUE otorga al principio de igualdad el rango de principio fundamental del Derecho Comunitario.

Desde el prisma indicado analizó también el problema el Pleno del Tribunal Constitucional en el auto 122/2009, de 28 de abril, al precisar que *“las irregularidades de la contratación tienen un alcance distinto en el sector privado y en el sector público. La contratación de personal para la Administración pública no puede verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues el carácter de Administración pública del empleador es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante, en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales”*.

El Tribunal añade que *“los abusos o fraudes en la contratación en la empresa privada, en general, perjudican a los trabajadores en su derecho a la estabilidad en el empleo y benefician a los empleadores al permitirles configurar unas situaciones de precariedad en el empleo contrarias a la Ley. Pero en el sector público ha de apreciarse, además, la concurrencia de un interés general relevante y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado, en cuanto que la creación de una situación de irregularidad puede ser una vía utilizada para dar lugar a un ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente correctos, sin respetar los principios de mérito y capacidad. Por esa razón los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios y evitar que el recurso a la defensa de la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y una permanencia en la función pública desconocedores de la igualdad y vulneradores de los principios de mérito y capacidad”*.

Continúa diciendo el Tribunal que, a evitar esos efectos se orienta precisamente la doctrina que el Tribunal Supremo ha sentado sobre la figura del indefinido no fijo impidiendo que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y una permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución.

Por otra parte, la voluntad del Tribunal Constitucional de adoptar un enfoque común y una respuesta coordinada para abordar la problemática que suscita la contratación temporal abusiva por parte de las Administraciones Públicas a la luz de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70, sea en régimen administrativo o laboral, se aprecia con claridad en el auto 427/2023, de 11 de septiembre.

La conclusión que se obtiene de lo expuesto en este epígrafe es que la transformación automática y en cualquier caso de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente es incompatible con el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad ínsito en el art. 14 de la Constitución y que no existen argumentos consistentes que permitan transgredir la doctrina fijada en esta materia por el órgano de casación social, validada por el Tribunal Constitucional, teniendo además en cuenta que el precepto constitucional mencionado podría ser interpretado de una forma flexible, conciliable con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, en aquellos casos en que se haya satisfecho mínimamente el principio de igualdad, así como los de mérito y capacidad, al haber brindado la Administración empleadora a otras personas la oportunidad de acceder a la plaza desempeñada por el trabajador indefinido no fijo, supuesto que no se corresponde con el aquí enjuiciado a la vista de los hechos declarados probados, lo que hace innecesarias mayores disquisiciones al respecto,

C) La tercera consideración que conduce a desestimar la pretensión de fijeza que ejercita la actora descansa en la constatación de que no sólo contraviene el principio constitucional de igualdad, sino también las previsiones de rango legal y convencional colectivo que a continuación se relacionan, a tenor de las cuales la adquisición de la condición de personal laboral fijo de la Comunidad de Madrid se debe realizar a través de sistemas de selección que garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

1ª) Art. 11.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 14/2021, de 6 de julio, aplicable en el momento de presentación de la demanda rectora de autos, expresivo de que *"los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad."*

2ª) Art. 55.1 de ese mismo Estatuto, que garantiza a los ciudadanos el derecho de poder acceder al empleo público, sea en régimen funcionarial o laboral, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como ajustándose, entre otros principios, al de publicidad de las convocatorias y de sus bases, y art. 61 de dicho Texto Legal que en su apartado primero señala que *"Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto"*, y en su apartado séptimo que *"Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos"*.

3º) Art. 35.1 del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid para los años 2021 a 2024 (BOCM 12-5-21), que, en lo que aquí interesa, preceptúa que *" El acceso al empleo público se regirá por los principios de transparencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, así como por lo establecido en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y en el presente convenio. La condición de personal laboral fijo sólo se adquirirá por la superación de los correspondientes procesos selectivos que se convoquen a tal fin"*.

IV.- Por todo lo razonado, atendiendo a los criterios que se derivan del derecho a la igualdad garantizado tanto en el art. 14 de la Constitución Española como en el art. 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a lo dispuesto en la normativa reseñada, la respuesta que merece el recurso de suplicación en el extremo objeto de análisis ha de ser negativa como sostiene la sentencia mayoritaria

II.- VOTO DISCREPANTE EN RELACIÓN CON LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

I.- El punto de partida para abordar el séptimo y último motivo de recurso interpuesto por la trabajadora, por medio del cual impugna la decisión del Juzgado de lo Social de denegarle la indemnización solicitada por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la inacción de la Comunidad de Madrid a la hora de buscar una solución a su situación de temporalidad en el empleo, viene dado por el análisis de las cuestiones prejudiciales suscitadas al respecto por esta Sala y del pronunciamiento emitido por el TJUE en relación con las mismas.

Las preguntas formuladas fueron, en síntesis, si podía considerarse que la legislación nacional contenía medidas suficientemente disuasorias por el uso de sucesivas contrataciones o renovaciones de contratos temporales contrarias a la cláusula 5ª, en lo relativo a la reparación del daño sufrido por el trabajador mediante la *restitutio in integrum*: a) cuando solamente prevé una indemnización tasada y objetiva, que se devenga en el momento de la extinción del contrato por cobertura de la plaza, pero no contiene previsión alguna de una indemnización adicional para llegar a reparar íntegramente el daño producido, si excediese

de ese importe; b) cuando no contempla ninguna indemnización durante la vigencia del contrato como alternativa a su declaración como indefinido; c) si 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.

De lo anterior se desprende que la Sala planteó dos temas diferentes: 1º) de un lado, y aunque fuese de forma implícita, si la indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el tope de 12 mensualidades fijada jurisprudencialmente para el supuesto de extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza desempeñada constituía una indemnización suficiente o, si para ajustarse a lo previsto en la cláusula 5ª de la Directiva, sería preciso el reconocimiento de una indemnización adicional que le resarciese de los daños efectivamente sufridos; 2º) por otra parte, si en la hipótesis de una relación indefinida no fija en vigor el abono de una indemnización por los daños causados por la temporalidad podía ser una medida alternativa a la fijeza.

En la sentencia de 22 de febrero de 2024, el TJUE procedió a estudiar conjuntamente las cuestiones formuladas, y las resolvió argumentando, en esencia, que el abono de una indemnización por la extinción de contrato de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parecía constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar su plena eficacia.

La conclusión que se obtiene es que si bien el órgano comunitario no se enfrentó de manera directa y expresa al primer interrogante, la contestación afirmativa puede entenderse implícita en la idea que expresa de que el abono de una indemnización tasada por la extinción de la relación indefinida no fija resulta una medida insuficiente cuando “*es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos*” (los de duración determinada), lo que, a sensu contrario, podría interpretarse en el sentido de que la solución indemnizatoria resultaría apropiada si el trabajador no solamente tuviese derecho a percibir una cantidad tasada sino también a reclamar una cantidad adicional que repare los daños efectivamente sufridos. En lo que respecta al segundo interrogante, el signo negativo de la respuesta podría descansar en la consideración vertida al contestar a otra de las cuestiones elevadas, favorable a la declaración de fijeza.

Puede afirmarse, por tanto, enlazando con lo consignado en el apartado segundo del voto particular concurrente, que para el TJUE la medida más apropiada para evitar y sancionar la utilización abusiva de la contratación indefinida no fija, es su transformación en fija, y que, en aras de esa solución, los tribunales deben interpretar las normas jurídicas nacionales, cualquiera que sea su rango, en forma acorde con la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

En respuesta a ese llamamiento hay que decir que la forma directa en que la actora ingresó en la Comunidad de Madrid, sin sometimiento a proceso de selección alguno que asegurase una mínima igualdad en el acceso al empleo público, impide declarar la fijeza de

la relación que mantiene, so pena de quebrantar un principio fundamental no sólo del ordenamiento jurídico interno sino del Derecho Comunitario, cuyas disposiciones deben interpretarse a la luz de los derechos y garantías que lo rodean.

II.- Ahora bien, una vez valorado el criterio del TJUE, y reiterada la conclusión desestimatoria alcanzada en torno a la acción de fijeza en plantilla, lo que sucede en este caso es que el objeto del debate no se centra en determinar si, constante la relación indefinida no fija, el abono de una compensación pecuniaria puede constituir una medida alternativa a la declaración de fijeza, problemática cuyo análisis excede de los límites del presente recurso extraordinario por mor de la exigible congruencia, puesto que la indemnización que reivindica la trabajadora no constituye una solución alternativa al reconocimiento de la fijeza, sino una pretensión distinta e independiente, acumulada a la de fijeza, compatible con la prosecución de la prestación de servicios como trabajadora indefinida no fija, de modo que la falta de acogimiento de la acción principal no excluye necesariamente la de la ejercitada de manera conjunta.

III.- Así delimitada la controversia suscitada por el motivo de recurso que nos ocupa, es preciso acudir a los razonamientos que desarrolla el TJUE en la sentencia de 22 de octubre de 2022, desde la premisa básica de que la normativa española sigue sin adoptar ninguna medida lo bastante efectiva y disuasoria como para evitar y sancionar la utilización abusiva de la figura del trabajador indefinido no fijo por parte de las Administraciones Públicas, sin que se pueda considerar como tal el abono de una compensación económica en el momento en que se produce la finalización del contrato de trabajo.

Ese postulado general resulta plenamente confirmado en el supuesto enjuiciado teniendo en cuenta que:

1º) Desde el año 1994, la Comunidad de Madrid mantiene a la actora en una situación de precariedad en el empleo, que no se cuestiona persista en 2024, cuando se cumplen 30 años de su contratación temporal en fraude de ley, y 17 años desde la declaración judicial de la indefinición del vínculo.

2º) No ha quedado acreditado que la Comunidad de Madrid haya adoptado ninguna medida para solucionar la situación descrita, por lo que ha incurrido en una flagrante e injustificada infracción de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70.

A la vista de lo anterior, tres consideraciones resultan particularmente relevantes. La primera es que la inacción de la Comunidad puede dar lugar a que la actora, durante la vigencia de la relación indefinida discontinua no fija, cause baja por diferentes motivos, como la declaración de incapacidad permanente o el acceso a la jubilación, hipótesis nada improbable dado que en la fecha en que se dicta esta resolución ha cumplido ya 61 años, sin que su empleadora sufra ningún efecto adverso derivado del abuso cometido, que quedaría impune, lo que puede representar un factor adicional que desincentive la solución de la problemática objeto de enjuiciamiento.

La segunda reflexión se refiere al hecho, notorio para esta Sala y evidenciado por el contenido de las bases jurisprudenciales, de que la situación en que se halla la demandante no es en modo alguno excepcional en la Comunidad de Madrid, siendo muy elevado el número de trabajadores cuya relación indefinida no fija se extiende durante períodos de tiempo muy dilatados, consistiendo la tercera en que de la actuación de su empleadora se ha derivado un perjuicio real y efectivo para la actora, no sólo por las condiciones de absoluta

incertidumbre e inseguridad laboral en que desarrolla su actividad laboral, en provecho de la demandada, que se beneficia de su estatus precario, sino por su incidencia negativa en su carrera profesional en la Comunidad de Madrid. En los 30 años en los que se ha prolongado la situación de temporalidad, y como consecuencia de la misma, se ha producido un quebranto moral, un menoscabo profesional y una pérdida de oportunidad que la trabajadora no tiene el deber jurídico de soportar.

IV.- Llegados a este punto, entendemos, en concordancia con lo razona por la Sala en la sentencia de 27 de octubre de 2023 (Rec. 304/2023), y que ahora reiteramos con mayor convencimiento a la luz de la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2022, que negar a la actora el derecho a ser resarcida de los daños que le ha ocasionado la demandada por el uso abusivo la una relación de duración determinada, sin adoptar ninguna medida para poner coto a esa práctica ilegal, con el argumento que emplea la sentencia mayoritaria de que la trabajadora mantiene el empleo y no acredita ningún daño concreto, no sólo priva de todo efecto útil a la resolución del TJUE, sino que ignora, dicho sea con el mayor respeto, la perspectiva jurídica con la que se debe afrontar la infracción de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70, que no es de la de procurar al afectado una mera indemnización de daños y perjuicios requirentes de prueba cumplida con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad civil contractual, habida cuenta que la medida postulada por la recurrente con carácter autónomo, y no como alternativa a la fijeza, aunque no venga impuesta por la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2022, constituye una herramienta apropiada y eficaz al triple efecto al que se hace referencia a continuación, acomodado a la finalidad que persigue la disposición comunitaria.

1º) Permite sancionar el incumplimiento por parte de la Administración autonómica de la cláusula mencionada, bien entendido que la expresión “sanción”, que es la que utiliza el TJUE en ese ámbito, no tiene un carácter propiamente punitivo, constituyendo una consecuencia asociada a la situación antijurídica generada.

2º) Garantiza la protección de la demandante frente al abuso de que es víctima, satisfaciendo la finalidad resarcitoria del daño efectivamente sufrido cuya existencia no cabe ignorar por el hecho de que 30 años después tenga un empleo precario.

3º) Favorece la erradicación de ese tipo de comportamientos, cumpliendo una importante función preventiva y disuasoria, en tanto puede coadyuvar de manera muy destacada a que la Comunidad de Madrid ponga en marcha medidas que eviten el mantenimiento prolongado en el tiempo de situaciones manifiestamente contrarias al ordenamiento comunitario.

V.- Una vez afirmada la procedencia de la indemnización reclamada por la demandante como mecanismo efectivo para sancionar el abuso cometido por la Comunidad de Madrid, evitar que se siga produciendo, y reparar los perjuicios irrogados a la actora, debemos afrontar la problemática de su cuantificación.

Adentrándonos en esa esfera, el parámetro que propone la demandante, consistente en la percepción de una suma equivalente a la indemnización fijada en el Estatuto de los Trabajadores para el despido improcedente, no puede aceptarse. Y ello, porque estando prevista esa compensación para los supuestos de extinción injustificada de la relación laboral a iniciativa del empresario, no hay ningún motivo fundado que permita aplicarla a una situación en la que la relación se mantiene en vigor y en la que, si esta concluye por la cobertura reglamentaria de la plaza, la trabajadora devengará una indemnización calculada también sobre la base de los años de servicio y del importe de la retribución.

En su lugar, se considera adecuado, razonable y proporcionado acudir como referente orientativo, dada la triple dimensión “sancionadora” en el sentido anteriormente señalado, reparadora y disuasoria de la indemnización, al monto de la sanción pecuniaria fijada en el art. 40.1.c) bis de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social para actuaciones empresariales como la protagonizada por la Comunidad de Madrid, que el art. 7.2 de esa misma norma tipifica como falta grave.

En virtud de ese criterio, y atendiendo a las circunstancias concurrentes en este caso, procede fijar la indemnización en el grado e importe máximo establecido, ascendente a 10.000 euros.

Por las razones expuestas, considero que el último motivo de impugnación de la sentencia de instancia debió resolverse en el sentido aquí defendido, con estimación parcial del recurso de suplicación formulado por la trabajadora, condenando a la Comunidad de Madrid a abonarle la cantidad de 10.000 euros, manteniendo el pronunciamiento absolutorio sobre la pretensión de fijeza en plantilla.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL ILMO. SR. MAGISTRADO D. JOSÉ MANUEL YUSTE MORENO EN LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, SECCIÓN 2ª, EN EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN 830/2021.

Con amparo en lo previsto por el artículo 260 LOPJ y con evidente y absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados de la Sala, que tiene una argumentación lógica evidente y claro sustento en las normas jurídicas que en él se recogen, y con la cual muestro conformidad en parte de sus conclusiones respecto de las que muestro mi parecer particular en las consideraciones que deben llevarnos a dicho resultado, añadiendo, en este caso, mi parecer contrario en lo que se refiere a la consideración de la cosa juzgada, basando todo ello en los siguientes razonamientos.

ANTECEDENTES DEL LITIGIO PLANTEADO

PRIMERO.- Hechos concurrentes y planteamiento del litigio.

Importa, porque es necesario para resolver con plena conciencia jurídica, los hechos que encontramos al abordar este asunto. Tales hechos son los siguientes:

- La trabajadora venía prestando servicios para la Consejería de Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid en distintos períodos y en virtud de distintos contratos de trabajo:
 - o 8 de julio al 22 de octubre de 1994, con categoría de Auxiliar de Control, contrato por Obra Determinada.

- 1 al 15 de octubre de 1995, con categoría de Encargado III, contrato por Obra Determinada.
 - 12 de junio al 11 de octubre de 1997, con categoría de Encargado III, contrato por Obra Determinada.
 - 15 de junio al 14 octubre de 1998, con categoría de Encargado III, contrato por Obra Determinada.
 - 17 de mayo al 16 de octubre de 1999, con categoría de Encargado III, por Servicio Determinado.
 - 12 de junio al cuatro de septiembre de 2000, con categoría de Auxiliar de Control, por Servicio Determinado.
 - 14 de junio al 11 de octubre de 2005, con la categoría de Encargado II, por Servicio Determinado.
 - 7 de junio al 14 de octubre de 2006, con la categoría de Encargado II contrato por Servicio Determinado.
 - 7.6.2006 al 14.10.2006, con la categoría de Encargado II contrato por Servicio Determinado.
- La demandante presentó demanda de la que conoció el Juzgado de lo Social número 13 de Madrid que dictó sentencia denegando la solicitud de declaración de relación laboral indefinida discontinua.
 - Formulado recurso de suplicación, se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 2ª de fecha 27 de diciembre de 2007, recurso 3612/2007, en el que se acordó revocar la sentencia del Juzgado y, estimamos la demanda, declaró que la relación laboral que une a las partes es indefinida discontinua desde su comienzo, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y por los efectos de la misma.
 - En cumplimiento de la Sentencia del TSJ de Madrid de 27/12/2007, se incorporó a la trabajadora como personal laboral indefinido discontinuo no fijo en plantilla asimilado a la categoría de encargado II Área grupo B Grupo III nivel 4º.
 - El 4 de febrero de 2021 se formuló demanda por la trabajadora para que se le declarase fijo de plantilla a todos los efectos y se le abonase una indemnización,

en todo caso, como compensación por la utilización abusiva de contratos de duración determinada.

- De ella conoció el Juzgado de lo Social número 18 de Madrid que ha dictado la sentencia -ahora recurrida- el 10 de junio de 2021, declarando la concurrencia de cosa juzgada en la pretensión de la declaración de fijeza, y desestimando la indemnización reclamada porque la trabajadora está prestando servicios para la demandada y no ha visto extinguida la relación, porque no se acredita ningún abuso hacia la parte actora porque mientras no se convoquen oposiciones, sigue trabajando, y si se hubieran convocado las oposiciones, la actora puede o no aprobar las mismas cuando concurra en igualdad de condiciones con otros posibles candidatos, mientras que la falta de convocatoria de las plazas causa perjuicio a los posibles candidatos que no están trabajando para la demanda pero no para la parte actora que solo se podría ver perjudicada si se convocan, no aprueba y su plaza se adjudica a trabajador fijo. En su parte dispositiva establece: *“Previa estimación de la excepción de cosa juzgada para la petición de fijeza, y desestimación de la petición de silencio positivo Debo desestimar y desestimo la demanda presentada respecto a la petición de indemnización”*.

Contra ella se formula Recurso de Suplicación por la parte demandada, y para sostener su petición se alegan por la demandante los siguientes motivos:

1. Al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para la revisión de normas sustantivas y de la jurisprudencia, por los siguientes motivos:
 - a. Infracción por “interpretación errónea del art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.
 - b. Infracción por “interpretación errónea del art. 24 de la Ley 39/2015.
 - c. Infracción por “interpretación errónea del art.15.5 del Estatuto de los Trabajadores”.
 - d. Infracción por “interpretación errónea del art. 10.4 en relación con el art. 70. 1 DE LA LEBEP”.
 - e. Infracción por “interpretación errónea de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la UNICE y el CEEP, en relación con la jurisprudencia dictada por el TJUE e su desarrollo y la distada por los tribunales nacionales, que se citarán”.
 - f. Infracción por “interpretación errónea de los artículos 9, 14 23 y 103.3 de la

Constitucion Española en relación con los artículos 55 y ss de la Ley 7/2007 de EPEP y violación de la jurisprudencia relativa a lo mismo, que se citará más abajo”.

- g. Infracción por “interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial, en relación a la indemnización que se solicita en la demanda y que se concreta en las sentencias, entre otras, del TJUE de 19 de marzo de 2020 (C 103/18 y C429/118) y sentencia de 21/11/2018 TJUE, Diego Porras, C 619/17, EU:C: 2018:936, y, por extensión de la sentencia del TSJ de Aragón (sala contenciosa), en su sentencia de 15 de junio de 2020”.

La demanda reclama el derecho a que se le declare trabajador fijo de plantilla y, en todo caso, se le abone, por el abuso cometido, una indemnización equivalente a la del despido improcedente, de 45 y 33 días respectivamente según los periodos trabajador y, subsidiariamente, de 33 días por año trabajado, como compensación por la utilización abusiva de contratos de duración determinada.

El recurso reitera esta petición y en la impugnación solamente se dice que se opone a los *“motivos de suplicación alegados de contrario, dado que, a juicio de esta parte, dichos motivos no contienen fundamento de hecho, ni consideración jurídico alguna, que puedan desvirtuar los pronunciamientos de la resolución recurrida, a la que nos adherimos y que resulta, por tanto, totalmente ajustada a Derecho”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.- Cosa Juzgada. Voto contradictorio.

Según expresa el relato de hechos probados, la realidad concurrente es la siguiente:

- La trabajadora vino prestando servicios para la demandada mediante los siguientes contratos:
 - o Contrato de interinidad por sustitución del trabajador fijo que aporta la actora de fecha 21-11-de 2001.
 - o Contrato de trabajo de duración temporal por circunstancias de la producción al amparo del 2720/1998 de 20-09- 2002.
 - o Contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial de 01-11-2002.

- Actualmente viene prestando servicios como Titulado medio fisioterapeuta en virtud de contrato de interinidad para cobertura de vacante número 58.794

vinculado a la OPE 2004, de fecha 12 de agosto de 2003 con efectos 22 de septiembre de 2003.

- De conformidad con lo establecido en el artículo 9 del Decreto 144/ 201 7, de 12 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para 2017, la empleadora comunicó a la trabajadora que la plaza que actualmente ocupa se encuentra incluida en el Anexo III del citado Decreto, por lo que había sido incorporada a los procesos selectivos de estabilización de empleo temporal correspondientes al ejercicio 2017.
- La trabajadora presentó demanda el 11 de enero de 2019, reclamando la declaración de indefinido no fijo amparándose en el artículo 70 EBEP, artículo 8.2 RD 2720/1998, y artículo 49.1 c) LET, además de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De ella conoció el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid, en procedimiento 60/2019, que dictó sentencia el 3 de junio de 2019 declarando el carácter indefinido no fijo de la relación laboral que les unía, condenándole a estar y pasar por dicho pronunciamiento con los efectos inherentes al mismo.
- Siendo impugnada esta decisión se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 2ª, en fecha 18 de diciembre de 2019, recurso 945/2019, en la que se revocó la sentencia del Juzgado manteniendo la vinculación temporal de la relación entre ambas partes.
- Formulado recurso de casación para unificación de doctrina, se dictó por el Tribunal Supremo auto en fecha 2 de febrero de 2021, recurso 758/2020, declarando la inadmisión del mismo y la firmeza de la sentencia impugnada.

Con la presente demanda se vuelve a pedir que la relación laboral vigente, iniciada mediante contrato de interinidad por vacante de fecha 12 de agosto de 2003 con efectos 22 de septiembre de 2003, sea declarada indefinida no fija. Nada ha cambiado en los hechos ya que la relación laboral es la misma, y solo se ampara la pretensión en la evolución de la jurisprudencia sobre la misma situación normativa que se examinó en el litigio precedente.

Sobre la institución de cosa juzgada, recogiendo lo que se ha dicho reiteradamente por el Tribunal Supremo del que citamos las sentencias de 4 de marzo de 2010, recurso 134/07; 26 de abril del 2023, recurso 1557/2020; y 14 de junio de 2023, recurso 2043/2020, se ha establecido lo siguiente:

- “La cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 190/1999; 58/2000; 135/2002; 200/2003 y 15/2006) b) por ello se impone una

concepción amplia de la cosa juzgada y la consiguiente interpretación flexible de sus requisitos (entre las recientes, SSTS de 9 de diciembre de 2010, Rec. 46/2009; 5 de diciembre de 2005, rec. 996/04 y 6 de junio de 2006, rec. 1234/05); c) con mayor motivo se impone esa flexibilidad al aplicarse a una relación como la laboral, de tracto sucesivo y susceptible de planteamientos plurales por distintos sujetos de una idéntica pretensión, de manera que no ha de excluirse el efecto de cosa juzgada material por el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes (SSTS de 30 de septiembre de 2004, rec. 1793/03 y 20 de diciembre de 2004, rec. 4058/2003, que hacen eco de la precedente de 29 de mayo de 1995; y d) conforme al 222 LEC , "la cosa juzgada ... excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo" [párrafo 1] y que "lo resuelto con fuerza de cosa juzgada ... vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".

- “Sobre el alcance del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SSTS de 3 de mayo de 2010, recurso 185/07; 18 de abril de 2012, recurso 163/11; y 26 diciembre 2013, recurso 386/2013) se ha establecido el criterio flexible con que han de interpretarse, aplicarse y apreciarse las identidades a que se refiere el mencionado precepto. Esta concepción amplia de la cosa juzgada deriva de la aplicación de los criterios de la LEC al enumerar las identidades que han de concurrir entre el primero y el segundo litigio en su artículo 222 que ha mitigado el rigor en la apreciación de las identidades, con especial incidencia en la subjetiva pues, según este precepto, en relación con el artículo 10 del propio texto legal, la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes, tanto de las que comparezcan y actúen en juicio como a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”.
- “Con la nueva normativa hemos venido declarando que la aplicación del efecto de la cosa juzgada no precisa que el nuevo pleito sea una exacta reproducción de otros anteriores, sino que, pese a la ausencia de alguna de las identidades basta con que no produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionando y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el nuevo juicio pues no cabe duda que los hechos sentados en el primitivo proceso son vinculantes en el segundo, toda vez que si pudieran discutirse los ya firmes, equivaldría a poder revisar subrepticamente la ejecutoria (STS de 9 de diciembre de 2010, Rec. 46/2009). A diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para el efecto positivo es suficiente que lo

decidido -lo juzgado en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado”.

- Se especifican las particularidades del efecto positivo y el efecto negativo: "efecto positivo" de la cosa juzgada, respecto del cual esta Sala ha sostenido que se configura como una especial vinculación que, en determinadas condiciones, se produce entre dos sentencias, en virtud de la cual, lo decidido por la resolución dictada con carácter firme en el primer proceso vincula la decisión que ha de adoptarse en la segunda cuando la primera decisión actúa como elemento condicionante de carácter lógico o prejudicial en la segunda (STS de 25 de mayo de 2011, rcud. 1582/2010), de forma que la aplicación del efecto de la cosa juzgada no precisa que el nuevo pleito sea una exacta reproducción de otros anteriores, sino que, pese a la ausencia de alguna de las identidades basta con que no produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionando y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el nuevo juicio (SSTS de 9 de diciembre de 2010, rec. 46/2009, antes citada, criterio que se sigue ya en la STS de 23 de octubre de 1995, rcud. 627/1995; y es reiterado en sentencia recientes, como la STS de 3 de marzo de 2009, rcud. 1319/2008; y de 20 de enero de 2010, rcud. 3540/2008). Por tanto, "lo importante es la conexión de las decisiones; no la identidad de objetos, que por definición no podría producirse" (SSTS de 25 de mayo de 2011, rcud. 1582/2010 y de 4 octubre 2012, Rec. 273/ 2011). Sin embargo, el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, según reiterada jurisprudencia, impide a los Tribunales de Justicia pronunciarse de nuevo sobre un asunto ya resuelto por sentencia firme. Por ello exige que entre el caso resuelto por la primera sentencia y el planteado de nuevo en un posterior proceso, concurre identidad objetiva y extiende sus efectos no solo a las partes del proceso en que se dicta la sentencia firme, sino también a sus herederos y causahabientes y a los sujetos, no litigantes, titulares, por sucesión del objeto debatido en el proceso. El efecto positivo de la cosa juzgada no exige la identidad objetiva que es propia del efecto negativo y que, de darse, excluiría el segundo proceso según dispone el artículo 222.1 LEC (STS de 23 de febrero de 2018, Rcud. 2907/2015).

Por eso, en supuestos en los que se dilucidó sobre concurrencia de despido y el derecho a la indemnización derivada del mismo, cuando con posterioridad se ha planteado nueva demanda en la que solicitaba una indemnización por el cese con un fundamento jurídico distinto, lo que sería aplicable a cualquier supuesto de cosa juzgada en efecto negativo, se ha recordado que

“resulta evidente que el efecto negativo de la cosa juzgada debía aplicarse con naturalidad a esta nueva reclamación que pretendía lo ya pedido y desestimado, aunque la petición fuese en base a fundamentos jurídicos distintos. El efecto

negativo de la cosa juzgada, tal como expresamente dispone el artículo 222.1 LEC se refiere a la identidad del objeto de los procesos -anterior y ulterior- y no, desde luego, a la identidad de fundamentaciones jurídicas, pues de admitir tal interpretación, para evitar el efecto de cosa juzgada bastaría con fundamentar de forma diferente la misma petición en procesos distintos, ya que el efecto de cosa juzgada alcanza a los argumentos jurídicos que pudieran haberse esgrimido en el proceso precedente para amparar la pretensión (STS de 11 de julio de 2019, Rec. 77/2018)”, y las que hemos citado al iniciar la exposición de la jurisprudencia.

Cuando en el presente litigio como en el anterior, seguido en el Juzgado de lo Social número 13 de Madrid, las partes son las mismas, la cuestión controvertida –el objeto de la pretensión- es idéntica ya que en aquél se pedía una relación laboral indefinida a todos los efectos de fijeza, aunque solo se reconociese una relación laboral indefinida no fija, y en ésta se reitera la petición de la naturaleza de la relación laboral como fija respecto del mismo vínculo, con el mismo contrato, y se pide lo mismo que no es sino la declaración de fijeza de la relación laboral, debemos concluir que existe cosa juzgada y lo decidido en aquél asunto vincula con efecto negativo al presente que no puede entrar a conocer sobre lo que ya ha sido juzgado; incluso el entorno jurídico normativo es el mismo, habiendo cambiado solamente la jurisprudencia en su forma de abordar las cuestiones implicadas, pero los cambios de jurisprudencia no anulan ni pueden dejar sin efecto lo acordado en pleitos anteriores. La única opción que da la ley para revisión de sentencias es la del recurso de revisión, pero esto no es lo que se nos ha planteado ni el Tribunal Superior de Justicia es competente para resolverlo, lo que no obsta el que recogiendo la doctrina que al respecto ha establecido el Tribunal Supremo en la resolución de demandas de revisión (TS sentencia número 98/2022 de 2 febrero de 2022, Revisión 10/2019; 23 de enero de 2024, Revisión 36/2022) deba desecharse la posibilidad de que sentencias posteriores que cambian, modulan o matizan doctrina de sentencias anteriores constituyan documento decisivo a los efectos de lo previsto en el artículo 510 LEC, esto es, a efectos de revisión de sentencias:

“Hemos negado el valor de documento a sentencias del propio Tribunal dictadas con posterioridad de las que pudiera deducirse una doctrina distinta de la aplicada en la sentencia que pretende rescindirse. Así, la STS 100/2017 de 2 febrero (revisión 58/2015), indica:

"(...) Pero es que, además, como se ha avanzado, no nos hallamos ante un documento que pudiera considerarse hábil a efectos revisorios en el sentido del artículo 510.1º LEC, dado que lo que ampara el precepto es la concurrencia de una causa -externa al proceso- que tenga por sí misma relevancia para romper el principio de irrevocabilidad de la sentencia firme y que nada tiene que ver con el acierto o desacierto jurídico de la sentencia impugnada; puesto que el documento obtenido o recobrado que ampara aquélla causa debe ser determinante respecto de los hechos sobre los que se pronunció la sentencia que se pretende revisar, de suerte que por sí solos pongan en evidencia que el fallo de

la sentencia impugnada se hubiera visto afectado con su presencia en el litigio. La causa de revisión encuentra su aplicación legítima en el terreno de la existencia y/o valoración de los hechos dentro de la competencia del orden social.

No es posible fundar la revisión en la existencia de una sentencia de este órgano jurisdiccional que, con posterioridad a la firmeza de la sentencia combatida, haya establecido una doctrina diferente o contraria a la contenida en la sentencia firme, puesto que la revisión no está establecida en nuestro ordenamiento jurídico para corregir sentencias supuestamente injustas, sino para rescindir las ganadas injustamente lo que no es el caso (...)".

C) Numerosos Autos de inadmisión de demandas revisorias dejan constancia de que no es dable atribuir la virtualidad del artículo 510.1.1º LEC a una sentencia ulterior dictada en casación unificadora aunque de ella pudiera deducirse una doctrina jurisprudencial distinta de la aplicada en otra sentencia firme anterior del orden social y cuya revisión se pretende; tanto más cuanto el alcance de las sentencias dictadas en unificación de doctrina se proclama en el art. 228.1 LRJS, al preceptuar que "Los pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al resolver estos recursos, en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada".

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2018, recurso 203/2017, resuelve un supuesto de cosa juzgada en el que en procedimiento de conflicto colectivo se solicitó en demanda el reconocimiento de relación laboral indefinida fija, si bien en el juicio oral esa petición inicial de transformación a trabajadores indefinidos fijos se modificó para solicitar que fueran reconocidos como indefinidos no fijos, resolviéndose por la Audiencia Nacional en sentencia 18/2016, de 10 febrero de 2016, procedimiento 335/2015, la estimación en parte de la demanda declarando que los trabajadores, con contratos temporales suscritos a partir de 18-06-2010, que se hayan prolongado más de cuatro años de duración tienen derecho a que sus contratos temporales se noven en contratos indefinidos no fijos, al igual que los trabajadores, que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a 24 mensualidades con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 35/2010, mediante dos o más contratos, con o sin solución de continuidad y cuyo último contrato estuviera vigente a 18-06-2010 prolongándose este hasta la fecha de presentación de la demanda, o que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro mensualidades tras la entrada en vigor de la ley 35/2010, mediante dos o más contratos con o sin solución de continuidad. Cuando el 28 de marzo de 2017 se presenta nueva demanda de conflicto colectivo -por uno de los sindicatos que había accionado en el anterior procedimiento- frente a la misma empresa, la Audiencia Nacional dicta sentencia 82/2017, de 6 de junio de 2017, procedimiento 102/2017, estimando la excepción de cosa juzgada a la vista de los artículos 222 y 400 LEC.

El Tribunal Supremo ha considerado que coinciden los sujetos intervinientes,

también coincide la pretensión ejercitada, pues ahora se pretende que se transformen en trabajadores fijos a los trabajadores reconocidos por la empresa como indefinidos no fijos, fruto de contrataciones fraudulentas, colectivo que concuerda, en gran medida, con el afectado por la primera sentencia, utilizando similares fundamentos jurídicos, y el objeto es el mismo en cuanto podía haberse reclamado respecto de esa misma situación de hecho; y esa solución es equiparable al supuesto que nos ocupa en el que no solo coinciden las partes y el estatus jurídico sino que pese a pedirse el reconocimiento de una situación de fijeza se negó ésta pero se reconoció la de indefinido no fijo.

Consiguientemente, lo que nos queda y deberíamos haber acordado, es la confirmación de la concurrencia de cosa juzgada y con ello la desestimación del recurso de suplicación y la confirmación de la sentencia impugnada.

TERCERO.- Declaración de fijeza de la relación laboral indefinida. Voto concurrente.

Ante la tesitura de tener que decidir sobre ello, se planteó por la Sección 2ª a la que le correspondió conocer del recurso de suplicación cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha resuelto sobre ella. Aunque con hasta 14 preguntas formuladas al Tribunal de Justicia, lo que realmente estaba por dilucidar y era objeto central de la cuestión es el correcto y completo desarrollo de la legislación nacional en relación con la cláusula 5 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, respecto de si hay o no en el Derecho nacional medidas que prevengan contra la utilización abusiva de contratación sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Hemos de decir que esa pregunta que se plantea en la cuestión se hace respecto de la cláusula 5 de la Directiva, pero lo que en ésta se regula es solo uno de los supuestos protegidos de temporalidad, ya que ésta es el objeto de protección en todos los supuestos y no solo el de sucesión en el tiempo de contratos temporales.

Aunque la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el presente recurso de suplicación realiza varias preguntas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo cierto es que prácticamente todas ellas ya tenían manifestaciones jurisprudenciales de dicho Tribunal que no necesitaban ser reiteradas sino simplemente abordadas y resueltas por nosotros conforme a la doctrina del TJUE y en aplicación de la Directiva 199/2001 que es la norma comunitaria implicada en el litigio; lo cual no excluye la conveniencia de volver a plantearlo si es discurso intelectual lo exige, como es el caso. Debemos recordar en relación con ello que el Juez Nacional es el Juez Comunitario encargado de la aplicación del Derecho de la Unión Europea y que, como tal, debe resolver los conflictos de orden jurídico que se planteen en su aplicación, incluyendo aquellos que afecten a los conflictos entre la norma nacional y la comunitaria, siendo el instrumento de la cuestión prejudicial establecido para garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación de la Unión y evitar interpretaciones divergentes en los distintos

Estados, por lo que se ha establecido este instrumento con el que los jueces nacionales pueden, y a veces deben, dirigirse al Tribunal de Justicia para solicitarle que precise una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión, a fin de poder, comprobar la conformidad de la normativa nacional con este Derecho o controlar la validez de un acto del Derecho de la Unión. El actual artículo 43 LEC ya establece que, cuando el tribunal considere que para poder emitir su fallo resulta necesaria una decisión sobre la interpretación o validez del derecho de la Unión, se planteará la cuestión prejudicial, pero la realidad sigue siendo la misma porque tal decisión necesita una previa valoración del órgano judicial que contemple la necesidad de su planteamiento, lo que solo puede existir si el Derecho Comunitario no es claro, si la norma nacional legal o constitucional resulta o puede ser contradictoria con el Derecho de la Unión y si tal cuestión no cuenta con doctrina previa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea porque, en el ejercicio de la aplicación de las normas, el Juez nacional tiene las mismas facultades para abordar y decidir esas cuestiones valorando e interpretando el Derecho y aplicando la jurisprudencia.

Con el fin de no extender innecesariamente esta resolución judicial que ya cuenta también con un voto particular que se supone extenso al ser la inicial ponencia rechazada por el Pleno, y teniendo en cuenta que es un voto concurrente en el Fallo, considero que no es necesario trasladar de nuevo referencias sobre resoluciones de los distintos Tribunales de Justicia en torno a la cuestión que resulta comprometida en la argumentación, bastando al respecto construir el relato lógico jurídico que resulta de todos esos antecedentes y de la normativa europea y nacional vigente.

El trasunto implicado es el de un contrato temporal para cobertura de vacante en una Administración Pública que se extiende en la actualidad del juicio oral, aunque podría entenderse que también en la actualidad presente ya que no se ha dado noticia en el procedimiento de vicisitudes sobrevenidas en esa relación laboral, del que se considera que ha de convertirse en indefinido por una duración excesiva y contraria a las normas legales. En este trasunto resulta indiscutida la contratación formal que es temporal, la condición de Administración Pública de la empleadora, ahora ya también la ilicitud de la temporalidad del contrato con la consiguiente transformación en indefinida de la relación laboral, y solo es discutido si esa relación debe considerarse indefinida y fija conforme al Derecho de la Unión Europea, ya que se considera que no lo es en el Derecho Nacional.

La cuestión que se considera concurrente es la de la aplicación de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70 en virtud de la cual, su incumplimiento debería conllevar la pérdida de la condición temporal de la relación laboral para adquirir la condición de indefinida. Esta consecuencia no resulta discutida una vez que ya hemos saldado esta pretensión de la demanda, y lo que se ha planteado y discute son las consecuencias anudadas a esa otra que han de imponerse en virtud de lo previsto en dicha cláusula. Conviene advertir que esta cláusula no determina tales consecuencias ya que vienen atribuidas al Derecho Nacional como reiteradamente ha recordado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y lo que se hace habitualmente es identificar la exigencia a los Estados de que se establezcan medidas

que impidan el abuso de la temporalidad de la contratación laboral con la imposición de medidas determinadas frente a otras posibles, haciendo de esas medidas prefijadas en la construcción ideada de quien resuelve las que deberían ser consecuencias del exceso, cuando de lo que no cabe duda es de que la consecuencia esencial es la pérdida de la temporalidad y el establecimiento de la relación indefinida.

La declaración de relación laboral indefinida (fija o no fija según distinción terminológica) no es sino la equiparación a una relación laboral ordinaria del Derecho Laboral nacional, esto es, con los mismos derechos y obligaciones que cualquier otra relación laboral común nacida sobre la base normativa de la Ley Reguladora del Estatuto de los Trabajadores, aunque tratándose del ámbito de la Administración Pública como empleadora, resulta más correcto decir que se equipara a cualquier otra relación laboral sometida a la relación laboral común del Estatuto Básico del Empleado Público el cual, a tenor de lo previsto en el artículo 11 EBEP para acceder al empleo deberá someterse a los procesos de selección del personal laboral públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad, y se somete, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan, si bien específicamente, en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho.

Quizá convenga advertir en este momento que esa relación laboral común no integra un derecho a la subsistencia inalterable de la misma frente a cualquier incidencia laboral y que su permanencia en el tiempo queda determinada por la voluntad de las partes y por ello de la empleadora que puede ponerle fin por voluntad propia, aunque sometándose a las consecuencias que establece la ley cuando esa decisión de terminación la adopta el empleador y no tiene lugar en términos de procedencia jurídica; en otras palabras, que cuando se extinga la relación laboral, si no hay una causa lícita y eficiente, siempre que no sea susceptible de declararse nula, se podrá validar la extinción mediante el abono de una indemnización prevista legalmente si no se opta por la continuidad de la relación por aquél a quien la ley le entrega esa facultad de optar. Esto es importante porque no resulta admisible que una relación laboral indefinida de carácter fija, entendida como viene definida en el Derecho nacional, se someta a unas consecuencias distintas por razón de los sujetos de la relación o de la causa de la indefinición laboral.

Lo primero que debe destacarse en el caso concreto es que, aunque nos encontramos ante un supuesto de encadenamiento de contratos temporales, estos ya han sido valorados en la interrelación de las partes, en su existencia y continuidad y se ha determinado que son lícitos y que su concurrencia es constitutiva de continuidad a los efectos implicados en la cláusula 5 de la Directiva 1999/70. Estamos ante una relación laboral temporal a la que se le

ha dado continuidad en el tiempo en una extensión que se ha considerado excesiva y ha dado lugar a esa alteración de la naturaleza contractual pasando a ser indefinida no fija.

Pero la citada Directiva no nace para regular la extensión irregular de los contratos temporales encadenados, éstos son solo uno de los supuestos que contempla, la Directiva tiene como objeto “a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación; b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”, y su ámbito de aplicación es el de “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”, siendo “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”. Según estas previsiones, queda claro que la situación a la que se ajusta es la de una relación laboral temporal y ésta es la que genera un contrato temporal, sin que sea necesario que exista una sucesión de contratos temporales, que es otro de los supuestos regulados. Desde mi punto de vista, y en el tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como en la del Tribunal Supremo, la protección del trabajador incluido en esta Directiva es el mismo tanto si se trata de una contratación temporal única pero extendida irregularmente en el tiempo, como si se trata de una contratación sucesiva de contratos temporales, porque la razón de la protección es la misma: una extensión indebidamente larga que trastoca la preferencia de la contratación indefinida y la evitación de la contratación temporal injustificada; razón por la cual resulta exigible al empleador, en todo caso y no solo al empleador Administración, que no extienda la vinculación laboral temporal indebidamente y que las normas legales adopten medidas que incidan en esa evitación de extensión inusitada.

Estamos, llegados a este punto, con una relación laboral indefinida no fija, declarada judicialmente, de la que se pide una nueva declaración de su naturaleza esencial distinta de la que ya ha sido declarada. Aunque mi posición jurídica implica la concurrencia de cosa juzgada con efecto negativo sobre el presente procedimiento, puesto que el parecer de la mayoría es contrario al mismo, estamos en la tesitura de entrar a decidir si el estado de la relación laboral es el de una relación laboral indefinida no fija o una relación laboral indefinida fija. Y, desde luego, en lo que se refiere a la irregularidad de la contratación laboral de la demandante hemos de compartir lo que se consideró concurrente en el litigio seguido en el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid, en procedimiento 60/2019, tras la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 2ª, de 27 de diciembre de 2007, recurso 3612/2007, en el que se acordó revocar la sentencia del Juzgado y declarar que la relación laboral que une a las partes es indefinida no fija, discontinua, desde su comienzo.

Llegamos así al momento en el que hemos de plantearnos si la condición de indefinido no fijo y la de indefinido fijo, en el caso de relaciones laborales con la Administración como empleadora son realmente cosas distintas o no, y para ello hemos de ubicarnos en primer lugar en los acontecimientos sucesivos jurisprudenciales ya que es la Jurisprudencia la que ha creado esa figura del indefinido no fijo. Véase que, como puede deducirse de lo expuesto hasta ahora, considero que la situación de hecho es la misma que cuando se reconoció la condición de indefinido no fijo ya que el último de los contratos es el mismo y único desde el 22 de septiembre de 2003 –por cierto, fecha en la que ya era de aplicación en el Estado español la Directiva 1999/70- y como tal no puede considerarse que exista una concatenación sucesiva de vínculos temporales que es lo que ha surgido en el cuestionamiento de la extensión de un contrato temporal por vacante queriendo entender que su subsistencia en el tiempo es una renovación cíclica del contrato –aunque no se sabe cuáles son esos ciclos- construyendo una figura de tintes jurídicos que no encaja en el Derecho porque solo hay un contrato que no tiene plazos o periodos de renovación y que, simplemente, se somete a una causa de duración específica que es la cobertura de la vacante, lo que en el Código Civil no es sino un supuesto de obligaciones sometidas a plazo (artículo 1125 CC) que, siendo la incertidumbre correspondiente a si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional, y se regirá por las reglas de la sección precedente. No puede justificarse con esta apreciación de continuidad de varias prórrogas la pretensión de considerar que existe una renovación de contratos porque no existe y solo responde a la intención de justificar la existencia de hechos nuevos y poder aplicar la cláusula 5 de la Directiva 1999/70; creo que no debe ser así, aunque ello no excluye la evidencia de una irregularidad formal cuando, como es el caso, la contratación temporal es inusualmente larga según las normas legales vigentes y así se declaró.

Sin intención de hacer un desarrollo exhaustivo de la institución, podemos recordar que la cuestión nace de la regulación normativa legal ordinaria que, sin distinguir entre la clase de empleador que es titular de la relación laboral, en los supuestos de despido improcedente imponía, como consecuencia de una extinción de una relación laboral formalmente temporal que se declaraba indefinida, la obligación de readmitir o indemnizar al trabajador cuya relación laboral se extinguía sin causa eficiente; con la posibilidad de la opción que el empleador Administración tenía en la posibilidad de extinguir definitivamente sin necesidad de reincorporar al trabajador, lo cual generaba un conflicto inevitable con las previsiones constitucionales del acceso a la función pública regulados en el artículo 103 C.E. donde se establece que la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, al entenderse que en el concepto función pública no solo se incluía al personal funcionario –que se nombre expresamente y de forma separada a la función pública como género- sino al personal laboral. En este punto debo mencionar que en la doctrina constitucional, al contrario de otros pareceres, no se ha excluido la aplicación de éstos principios al personal laboral entendiendo que se refiere solo al personal funcionario; esta afirmación se ha sustentado en manifestaciones del Tribunal para referirse al artículo 23 C.E. que contempla el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes,

delimitándolo y afirmando que ese derecho solo se refiere al acceso al funcionariado y a los cargos públicos de representación o designación; esto es, al ámbito específica de la relación de Derecho Administrativo.

Recuperando el hilo de la exposición sobre la figura del indefinido no fijo, mientras el conflicto se ubicaba en un procedimiento de despido no surgía un conflicto esencial ya que la Administración optaba por la indemnización y se extinguía el contrato; en esos casos, incluso, se llegó a entender por los Tribunales que la propia opción desaparecía cuando estábamos ante la Administración empleadora porque no siendo jurídicamente admisible por el obstáculo constitucional no podía formar parte de las posibilidades consecuenciales de un despido improcedente, aunque finalmente la jurisprudencia lo desecho para igualar el régimen aplicable en todos los casos. Sobre éstos postulados inicialmente claros surgieron incidencias causadas en aquellos supuestos en los que la opción no correspondía al empleador sino al trabajador, cuando procesalmente se había perjudicado la opción de la Administración (porque se hubiese realizado fuera de plazo o sin las formalidades oportunas, por ejemplo) o cuando la pretensión del trabajador era meramente declarativa porque no se había extinguido la relación laboral y en el caso de estimarse la declaración indefinida de la relación laboral surgían vicisitudes diversas en el desarrollo posterior de la relación o, sobre todo, cuando se extinguía la relación laboral, se pretendía por el trabajador hacer valer una fijeza inamovible del vínculo como si de un funcionario se tratase.

Debe recordarse que en ese trasunto litigioso (al que la sentencia hace referencia en parte) la doctrina más asentada del Tribunal Supremo no veía conflicto entre la existencia de una relación laboral indefinida fija y las previsiones constitucionales aludidas porque no le daba a ese término de “fijo” la trascendencia de inamovilidad del vínculo; simplemente advertía que había que aplicar la ley laboral pero también la normativa constitucional que limita el acceso a la contratación laboral fija de las contrataciones de aquellos a los que se les reconocía relación laboral indefinida por ilicitud del contrato temporal. En torno a la necesidad de conjugar ambas normas o regímenes surgió la figura del indefinido no fijo que satisfacía la necesidad de dar un régimen propio a los trabajadores cuya vinculación laboral con la Administración se hacía indefinida por irregularidades de la contratación pero no podían llegar coincidir en su totalidad, aunque fuese por escasos elementos, el mismo conjunto regulador que los trabajadores indefinidos fijos de la Administración.

Así, La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991 (ROJ: STS 16623/1991 - ECLI:ES:TS:1991:16623) advierte que *“la doctrina de esta Sala viene manteniendo que las irregularidades formales en que puedan incurrir las Administraciones Públicas en la contratación temporal no transforman la relación laboral en indefinida, en aras a los principios de igualdad de oportunidades y demérito y capacidad que han de respetarse en favor de todos los que deseen acceder a la función pública, mediante el oportuno procedimiento de selección; principios que, efectivamente, consagra el art. 103, núm. 3. de la Constitución . También se ha dicho que no puede presumirse el fraude de ley cuando las instituciones o entidades publicas utilizan los instrumentos legales para subvenir*

al desempeño temporal de vacantes hasta su previsión por los mecanismos legales o reglamentarios, previstos para ello, exigencia lógica para la debida atención de los servicios sin soluciones de continuidad contrarias a la propia naturaleza de dichos servicios” y cita varias Sentencias “de las que cabría citar las de 9 de octubre de 1985 , 16 de enero y 29 de octubre de 1986”. “Pero también se ha agregado, y ello completa la doctrina al respecto, que todo lo anterior no quiere decir que las Administraciones Públicas, cuando actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales, estén exentas de atenerse y no tengan que respetar la normativa general, coyuntural y sectorial que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo, lo cual chocaría frontalmente, como se dijo, con el principio constitucional de legalidad: y que tampoco existe prohibición alguna -sino, por el contrario, posibilidad real- de que dichas actuaciones puedan vincularse o resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente y al margen de la relación de empleo, de carácter administrativo, que mantienen o puedan mantener con sus funcionarios. En definitiva, que no es posible eludir el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes reguladoras y mediatamente generadoras de derecho y obligaciones para las Administraciones Públicas, si bien con la salvedad -que resulta obvia- de que la fijeza que pudiese alcanzarse no permite, por supuesto, alterar la naturaleza jurídica de la relación laboral afectada, transformándola en administrativa y produciendo la integración del trabajador en el marco funcional (Sentencias de 7 de marzo de 1988 , 18 de julio de 1989 y 11 de febrero del corriente año)”.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1992, recurso 59/1991, reitera estas conclusiones recordando: *“la doctrina de extinto Tribunal Central del Trabajo, interpretando correctamente el art. 56 ET , en cuanto a los efectos del despido improcedente y la opción allí regulada dado lo dispuesto en el art. 103 CE y de ahí, aplicándola a los efectos de despido nulo en caso como el de autos llega a dicha conclusión; dicha doctrina es errónea; si la Sentencia recurrida califica de despido como nulo a tenor del art. 108.2 e) LPL , al estar suspendido en este caso el contrato por incapacidad laboral transitoria, su efecto como resulta tanto del art. 55.4 ET , que es el aplicable, como del art. 113 de la vigente LPL , tiene que ser la inmediata readmisión del trabajador; como esta Sala ha declarado repetidamente, la mención que sin mayores precisiones hace el art. 19 de la Ley para la Reforma de la Función Pública al personal laboral, no puede extenderse en el sentido de 011 que las Administraciones Públicas, queden exentas de someterse a la legislación laboral cuando, como aquí sucede, actúen como Empresas (art. 1.2 ET), celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio de contrato de trabajo, que hablan de regirse en cuanto a su nacimiento y desarrollo de la relación laboral que de él dimana, ajustándose a la normativa legal que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes del caso; lo contrario va contra el art. 9.1 CE ., que sujeta no sólo a los ciudadanos, sino también a los Poderes Públicos, al imperio de la Ley; el art. 19 de la Ley para la Función Pública sólo se refiere al estado preliminar de la relación individual de trabajo referido al reclutamiento de personal laboral por parte de la Administración”.*

En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1993, recurso 4123/1992, vuelve a reiterar la *“línea jurisprudencial unificada en la citada sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 1991 que se sigue en otras muchas como son las de 6, 18 y 20 de mayo de 1992, sobre que no es contrario a las exigencias del artículo 103.3 de la Constitución Española el que un trabajador adquiriera la condición de contratado por tiempo indefinido en la Administración, si la cláusula de temporalidad de su contrato no es válida, pues los órganos públicos tienen que ajustarse a la normativa aplicable en virtud del principio de legalidad que ha de inspirar su actuación, sin que ello permita alterar la naturaleza de la relación y convertirla en funcionarial. De acuerdo con esto se entiende que es perfectamente posible imponer a un órgano de la Administración pública el que readmita a un trabajador indebidamente despedido, como uno de los elementos de la opción legalmente establecida”*.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1994 Recurso: 2000/1992, se advierte que *“La improcedencia del despido comporta la opción entre readmisión e indemnización, de acuerdo con el artículo 56.1 del Estatuto, opción que es aplicable también a los supuestos en que la decisión extintiva de la relación laboral haya de imputarse a la Administración, como ha declarado esta Sala en sentencias de 27 de julio de 1.992 y de 22 de septiembre y 26 de noviembre de 1993, siendo en este sentido en el que debe estimarse el recurso de suplicación en su día interpuesto por la parte demandante”*.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996, recurso 3307/1995, advirtiendo que es idéntico en todos los supuestos, *“los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente (y la misma conclusión debe valer para el despido nulo) se aplican en su integridad a los despidos acordados por las Administraciones públicas, sin que los principios de mérito y capacidad establecidos en el art. 103.3 de la Constitución sean obstáculo para la imposición a la Administración empleadora de deberes de indemnización o de readmisión. Ahora bien, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial unificada, esta conclusión no enerva el deber de las Administraciones públicas de atenuamiento a los sistemas o procedimientos de contratación que concreten la puesta en práctica de tales principios constitucionales. De esta segunda premisa general se desprende una consecuencia para la decisión del caso enjuiciado, que supone una precisión o matización de la doctrina de la Sala en la materia. Tal precisión no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración pública, y puede formularse como sigue: 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”*.

Lo que se puede obtener de estos antecedentes es que, en la doctrina común, la relación laboral indefinida reconocida a un trabajador temporal contratado por la

Administración, por razón de ilicitud del contrato, tiene el mismo contenido que la relación laboral indefinida ordinaria, lo cual es algo que resulta indudable porque en la evolución de la doctrina judicial se ha constatado que los trabajadores indefinidos denominados “no fijos” y los denominados fijos tienen los mismos derechos (retributivos, promoción, etc.) salvo aquellos que vayan implícitamente unidos a la plaza ocupada. Esto no es sino expresión de una realidad también evidente: la diferencia terminológica no es esencial sino simplemente descriptiva para ubicar a cada trabajador dentro de uno u otro grupo, según el origen de la contratación, algo que también se hace evidente en la construcción de la propia figura del indefinido no fijo, y solo alcanza trascendencia en el momento de su extinción. Por eso en uno como en el otro, en los casos de extinción contractual, cuando hablamos de despido improcedente o nulo, es factible la readmisión, aunque en el caso de los indefinidos no fijos la reincorporación sigue siendo dependiente de lo que realmente diferencia a ambos grupos.

Lo que realmente distingue a ambos grupos de trabajadores es que, en el caso de los indefinidos no fijos, su régimen contempla una causa extintiva añadida no prevista en los supuestos comunes: la extinción por cobertura de vacante derivado de la aplicación de las limitaciones impuestas constitucionalmente por los principios de igualdad, mérito y capacidad que implica al artículo 103 C.E. y, lógicamente, el artículo 14 C.E. Esta evidencia es la que debe marcar la resolución final de estos supuestos porque se antoja necesario establecer que en el caso de extinción la solución debe ser la misma: la reincorporación o la indemnización en un importe igual para ambos colectivos cerrando así la referencia de igualdad que se ha de plantear de unos y de otros. Es la exigencia de igualdad la que marca la solución equiparando a ambos grupos en las condiciones comunes que se han visto diferenciados en la indemnización abonable cuando tiene lugar la extinción de la relación laboral. Lo que les diferencia, volvemos a decirlo, es la existencia de una causa exclusivamente aplicable a los indefinidos que se califican como fijos, y en la configuración de esa igualdad debemos aceptar que lo que debería acontecer en el caso de extinción de la relación laboral indefinida no fija es la readmisión, siempre con las limitaciones derivadas de la imposibilidad de acceder a una plaza laboral sin haber cumplido las exigencias de igualdad, mérito y capacidad, o la indemnización ordinaria por extinción no causal del contrato. Se antoja que la única forma de cohonestar la igualdad de trato, la sumisión a la normativa laboral común y la limitación constitucional de acceso a los vínculos laborales a través de los procesos de igualdad mérito y capacidad, una vez que en el resto de las condiciones laborales existe identidad de trato, es la de dar a estos contratos indefinidos no fijos las mismas consecuencias que a los trabajadores laborales fijos cuando se pone fin a una relación laboral que, si no fuese por esa limitación constitucional, serían las que se les aplicaría por razón del Derecho laboral común. De este modo se cohonesta también la respuesta judicial a las consideraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando responde a la cuestión de si una indemnización de veinte días por año de servicio es suficiente para cubrir las exigencias de medidas que prevengan la utilización abusiva de la contratación temporal.

Debemos advertir también que las razones de igualdad no solo se manifiestan en un sentido, sino que deben hacerlo en los dos sentidos, de modo que no existe justificación para que en los casos de indefinido no fijo el trabajador tenga acceso, por el origen inicial de la contratación, a un resarcimiento mayor a la hora de su extinción que un trabajador de relación laboral indefinida común. Deriva de lo expuesto que la relevancia de la existencia de los dos términos utilizados para distinguir el vínculo de los fijos y los no fijos no estriba sino en la identificación de un colectivo de trabajadores en los que es diferencial la circunstancia de la existencia de una vinculación a la plaza vacante en la que fue contratado.

CUARTO.- Indemnización añadida a la declaración de indefinido no fijo. Voto concurrente.

La demandante solicita en su demanda el abono de una indemnización de 45 días por año de servicio hasta febrero de 2012 y 33 días por año desde esa fecha y, subsidiariamente, de 33 días por año de servicio, derivada de haber padecido el abuso en la contratación temporal, para compensar los abusos y como medida disuasoria contra el uso de esta forma de contratación, y se acoge a lo que llama “teoría de la sentencia TJUE de 19 de marzo de 2020 (V103/118) y sentencia 21/11/2018 TJUE, Diego Porras, C 619/17, EU:C 2018:936, apartados 94 y 95”. La sentencia del Juzgado rechaza esta posibilidad indemnizatoria porque no se ha extinguido la relación laboral, y se reitera ahora sosteniendo que la indemnización solicitada no lo es por haber perdido el puesto de trabajo, sino que es una compensación, incluso para el supuesto de que el trabajador siga trabajando, “derivada de haber padecido el abuso en la contratación temporal y como medida disuasoria contra el uso de esta forma de contratación, con fines distintos a los que le son propios”.

La sentencia mayoritaria, con cuya conclusión coincido, ha desarrollado su argumentación en la aplicación de las normas que regulan la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones y contratos y a la doctrina jurisprudencial que ha considerado oportuna y concurrente. Se afirma que no se ha acreditado un daño concreto ya que se trata de intereses difusos y, en definitiva, la trabajadora no ha resultado perjudicada en la forma que indica; y resalta que “está trabajando para la demandada, permaneciendo en su plaza mientras no se convoque el proceso selectivo correspondiente para la cobertura de vacantes y sea cubierta dicha plaza, y en tal sentido se habría visto beneficiada por las contrataciones realizadas, pues, en tanto no se efectúe tal convocatoria, la actora ha mantenido la plaza, mientras que cuando se convoque dicho proceso la actora puede o no superarlo, viéndose perjudicada si se convoca y no aprueba, siendo otros los que habrían sufrido el perjuicio de no tener durante este tiempo la oportunidad de ocupar la plaza de la demandante”.

Lo cierto es que la exposición de la demanda, pero sobre todo del recurso que es lo que a nosotros nos interesa, no especifica absolutamente nada, ni en lo que se refiere a los hechos en que se sustenta la pretensión sin que identifique daños concretos ni perjuicios sobrevenidos o futuros, ni en lo que se refiere a la causa de pedir ya que no dice cuál es la

normativa infringida refiriéndose solo a una inexpresiva y genérica cita de abuso en la contratación temporal y como medida disuasoria contra el uso de esta forma de contratación, con otra simple cita de las sentencias que se han referido más arriba. Esta insuficiencia de la exposición es razón para excluir cualquier discusión sobre la concurrencia de razón para indemnizar a tenor de lo previsto por los artículos 193 y 196 LRJS que exigen no solo una mención o cita de la causa de oposición sino una justificación y razonamiento argumentado de la infracción normativa o de la jurisprudencia.

Por lo demás, a falta de especificación, la sentencia le ha dado una respuesta en la que deja constancia de esa falta de alegación y justificación suficiente, con previa referencia jurisprudencial y normativa dentro del ámbito de lo que sería la responsabilidad por daños derivados del incumplimiento del contrato, respecto de lo cual no incidimos sino para reiterar esa falta de formalización adecuada y la ausencia de hechos concretos susceptibles de catalogarse como incumplimiento contractual.

Pero la escueta propuesta, la que además parece más orientada a la pretensión actora sobre la declaración de fijeza, parece referirse a la trascendencia de que hayan de existir en la normativa nacional medidas que eviten el abuso de la Administración en la contratación temporal, en relación con la propuesta de fijeza que se realiza y que tiene que ver con la cláusula 5 de la Directiva 1999/70. Al respecto, la falta de alegación y fundamentación incumbe también a esta posible pretensión que difícilmente se obtiene de la lectura del recurso; pero, dado que tiene que ver con la razón de pedir la fijeza y que lo que se va a expresar ya consta en otros votos particulares, siendo además objeto de planteamiento en la deliberación, podemos añadir, tras todo lo anterior, la reflexión jurídica sobre las medidas disuasorias para que las Administraciones públicas no abusen de la utilización de la contratación temporal. La sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2024, Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22, no dice cuáles son las medidas que pueden adoptarse por los Estados para evitar el abuso de la contratación temporal y conseguir que las disposiciones nacionales sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia a la igualdad de trato, que es lo que persigue la Directiva. La igualdad en el trato de los trabajadores se obtiene dándoles las mismas condiciones y sometiendo a las mismas consecuencias, cualquier exceso o diferencia rompe el estatus de igualdad sin que haya justificación a efectos de la posición jurídica de los trabajadores en su conjunto. Si nos ponemos en la tesitura del lugar en el que el trato es diferente hoy en día entre los trabajadores indefinidos no fijos y los trabajadores indefinidos fijos, vemos que solo se encuentra en la indemnización y la readmisión derivadas del despido irregular, y, si acaso, en aquellos derechos que vayan ligados a la plaza que ocupan, y si se anula tal diferencia el régimen de ambos colectivos se iguala sin que la contratación temporal suponga una diferencia de trato ilícita. Solamente resulta una causa de extinción específica que no tendría justificación sin los límites constitucionales, y si ambas figuras se hacen equiparables es porque el Derecho ha configurado un sistema en el que el abuso de la contratación temporal es controlado para darle el sentido de igualdad perseguido y que, en esa finalidad, se configura con medidas que limitan los excesos de la Administración en la contratación laboral temporal.

Cualquier otra medida, esencialmente la indemnizatoria que es muy recurrente en la aproximación de las decisiones del TJUE a la voluntad de imaginar medidas para limitar la contratación temporal, no debería redundar en el establecimiento de consecuencias diferentes para los trabajadores indefinidos no fijos y los indefinidos fijos, por el simple hecho de que la relación se iniciase como temporal, sino que deberían tener trascendencia en la Administración contratante e incluso en el Estado, como productor de la normativa que ha de evitar el abuso de la contratación temporal. Poner limitaciones a la contratación temporal depende directamente de la norma impuesta, luego es el productor de la norma el que puede construirla; la aplicación de las normas implica a las Administraciones empleadoras, y son ellas las que pueden y deben soportar el exceso irregular de su uso, pero en ese elenco posible de medidas, lo que se refiere a la realidad del propio vínculo laboral es lo esencial y a él se han de anudar las consecuencias comunes previstas para toda relación laboral, de modo que la declaración de indefinida de una relación formalmente temporal es una medida lógica y disuasoria, y que esa relación laboral se someta al régimen común de la extinción de los contratos de trabajo es otra consecuencia que disuade a la Administración de la contratación temporal abusiva; del mismo modo que se reaccionó legislativamente estableciendo las limitaciones de contratación temporal sucesiva en el artículo 15 LET, lo cual constituye una medida de limitación del exceso contractual laboral.

Que la consecuencia de la declaración de una relación laboral indefinida por fraude en la contratación temporal, en el ámbito de las Administraciones Públicas, sea la de acceder a la condición de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas sin haberse sometido a los procedimientos de selección del personal laboral públicos y conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente previstos, solo es posible por voluntad legal que, seguramente, impondría una alteración constitucional o una interpretación muy avanzada de la misma, lo cual tampoco es necesario a efectos del cumplimiento de la Directiva 1999/70, específicamente su cláusula 5, ya que es el Estado nacional el que ha de adoptar las medidas adecuadas para evitar los abusos de la Administración Pública en la contratación temporal.

En el caso concreto, en el vínculo reconocido no hay ninguna razón para introducir una medida que no establece la ley ni puede relacionarse con la subsistencia de la relación laboral, lo que sin duda excluiría también en esta sede el reconocimiento de una indemnización.

CONCLUSIONES

Mi parecer es contrario respecto a la cosa juzgada que considero concurre en el presente litigio, y concurrente en la decisión adoptada por la mayoría sobre la denegación de la relación laboral indefinida y el abono de indemnización, aunque considero que la decisión, además de sustentarse en los acertados argumentos de la sentencia, debe contemplar las

particularidades que he reseñado respecto de cada uno de los elementos litigiosos planteados por el recurso de suplicación.

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.