



UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 5544/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza
Golvano

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Social
PLENO**

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a María Luz García Paredes

D.^a Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 30 de mayo de 2024.

De conformidad con los artículos 19, apartado 3, letra b), del Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TUE»); 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE»); 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante “LOPJ”); 43 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC), resulta preciso que el TJUE interprete el alcance de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo “Acuerdo

Marco”), 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, a efectos de determinar si su cumplimiento exige calificar como fija la relación laboral mantenida por la trabajadora demandante con un organismo de la administración pública, sustentada en varios contratos de duración determinada que se han prolongado en el tiempo durante más de tres años, o cumple adecuadamente con las exigencias del Acuerdo Marco la declaración de esa relación laboral como indefinida no fija y el aparejado reconocimiento de una indemnización disuasoria, a cuyo fin se plantea la siguiente cuestión prejudicial.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El objeto del litigio

1. La trabajadora demandante viene prestando servicios como personal laboral para la Comunidad de Madrid (CAM), desde el 2 de marzo de 2016, con la categoría de técnico especialista, desempeñando funciones de cuidadora de niños en un centro educativo público.

SEGUNDO. Los hechos que han dado lugar al litigio

2. Las partes suscribieron los siguientes contratos de trabajo:

- a) Contrato de duración determinada de interinidad, en fecha 2 de marzo de 2016.
- b) Contrato de duración determinada de interinidad, de 28 de abril de 2016.
- c) Contrato de duración determinada de interinidad, de 27 de marzo de 2017.
- d) Contrato de duración determinada de interinidad, de 26 de abril de 2017.
- e) Contrato de duración determinada de interinidad, de 12 de mayo de 2017.

f) Contrato de duración determinada de interinidad, 8 de septiembre de 2017.

3. En esas circunstancias la trabajadora interpuso demanda el 19 de julio de 2021, para que se declarase la relación laboral como fija o, subsidiariamente, indefinida no fija.

4. La demandante solicita que se le reconozca la condición de trabajadora fija de la CAM, porque la relación laboral se ha prolongado durante más de tres años desde su inicio el 2 de marzo de 2016, a través de varios contratos de interinidad para desempeñar puestos de trabajo vacantes hasta la definitiva cobertura de los mismos.

5. La CAM se opone a dicha pretensión, por considerar que la relación laboral ha de calificarse como indefinida no fija, al ser la empleadora un organismo de la Administración Pública, cuyo personal solo puede adquirir la condición de fijo cuando la contratación se hubiere formalizado a través del correspondiente procedimiento selectivo, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen para el acceso al empleo público.

6. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid, de 13 de marzo de 2023, estimó en parte la demanda y calificó como indefinida no fija la relación laboral, porque se ha prolongado en el tiempo durante más de tres años sin que la empleadora haya cubierto la plaza ocupada por la demandante.

7. La sentencia de 27 de noviembre de 2023, rec. 228/2023, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid desestimó el recurso de suplicación formulado por la trabajadora, para confirmar en sus términos la sentencia del Juzgado.

8.- Frente a dicha sentencia interpuso la parte demandante recurso de casación para la unificación de doctrina ante esta Sala Social del Tribunal Supremo.

TERCERO. La tramitación de la cuestión prejudicial

9. Recibidas las actuaciones en este Tribunal Supremo, de acuerdo con el artículo 4 bis LOPJ, y 43 bis LEC, mediante providencia de 17 de abril de 2024, se dio audiencia a las partes por plazo de 10 días a fin de que formularan alegaciones sobre el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE, conforme al artículo 267 TFUE.

10. Se recabó la opinión de las partes en torno a la incidencia que sobre la resolución del litigio haya de tener la STJUE de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22; C-110/22 y C-159/22, ante las dudas interpretativas que pueden surgir en cuanto al reconocimiento de la condición de personal laboral fijo de las administraciones públicas, a los trabajadores contratados sin respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

11. La representación de la trabajadora demandante considera que dicha STJUE no ofrece duda interpretativa alguna, y que de su contenido se desprende que la relación laboral debe calificarse como fija.

12. La representación de la CAM muestra su conformidad con la decisión que adopte el Tribunal Supremo sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial. A la vez que señala, que de dicha STJUE de 22 de febrero de 2024, se deduce que la calificación de la relación laboral como indefinida no fija, con el consecuente abono de la indemnización de 20 días por año de servicios a la fecha de su extinción tras la cobertura de la plaza, es medida suficiente y adecuada para cumplir con las exigencias de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

13. El Ministerio Fiscal muestra su conformidad con el planteamiento de la cuestión prejudicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Marco jurídico

Derecho de la Unión

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

14. Su artículo 20 dispone que se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla (apartado 1).

Conforme a su artículo 45.

1 Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;

b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;

c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;

d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CAPÍTULO III

IGUALDAD

15. Artículo 20. Igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley.

Artículo 21. No discriminación.

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados

Directiva 1999/70

16. Según el considerando 17 de la Directiva 1999/70: «En lo referente a los términos empleados en el Acuerdo marco, no definidos en el mismo de manera específica, la presente Directiva permite que sean los Estados miembros quienes definan dichos términos en conformidad con el derecho y las prácticas nacionales, como ocurre con otras directivas adoptadas en el ámbito social que emplean términos similares, a condición de que dichas definiciones respeten el contenido del Acuerdo marco».

17. El artículo 2, párrafo primero, de esta Directiva establece lo siguiente:

«Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva [y deberán adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva. [...]»

Acuerdo Marco

18. La cláusula 2 del Acuerdo Marco, titulada «Ámbito de aplicación», establece cuanto sigue:

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

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

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

19. La cláusula 3 del Acuerdo Marco, titulada «Definiciones», dispone lo siguiente:

«A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por

“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;

[...]».

20. La cláusula 5 del Acuerdo Marco, titulada «Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva», dispone cuanto sigue:

«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.»

Reglamento (UE) nº 492/2011 de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión

21. Artículo 1.1: Todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado.

Derecho español

Constitución

22. El artículo 14 de la Constitución Española (en lo sucesivo “Constitución”), dispone que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El artículo 23, apartado 2, de la Constitución dispone que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

El artículo 103, apartado 3, de la Constitución establece, entre otras cosas, que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos y el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Legislación relativa a los contratos de duración determinada. Estatuto de los Trabajadores

23. El artículo 15, apartado 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuyo texto refundido fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE n.º 255, de 24 de octubre de 2015, p. 100224), disponía, en su versión aplicable a los hechos de los litigios principales, que “se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”.

El artículo 15, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores disponía lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, 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 o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, 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. [...]”.

La disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, relativa a la «Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas», puntualizaba que la inobservancia de esos límites en las «Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes» no impedía “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», de manera que «el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el

que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”.

Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)

24. La Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo texto refundido fue aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015, p. 103105), en su versión aplicable a los hechos de los litigios principales (en lo sucesivo, «EBEP»), fue modificada, entre otros, por el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE n.º 161, de 7 de julio de 2021); y Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE n.º 312/2021, de 29 de diciembre de 2021).

25. Conforme al artículo 8 del EBEP:

“1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.

2. Los empleados públicos se clasifican en:

- a) Funcionarios de carrera.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- d) Personal eventual.»

26. Según el artículo 11, apartados 1 y 3, del EBEP:

«1. Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

[...] 3. Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de

celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.»

27. El artículo 55, apartado 1, del EBEP dispone lo siguiente:

“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”.

28. El artículo 70 del EBEP, titulado «Oferta de empleo público», establece cuanto sigue:

“1. 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.

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.

[...]”.

Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público

29. El artículo 1, apartado 3, de la Ley 20/2021, introdujo la disposición adicional decimoséptima en el EBEP, la cual establece:

a) En primer lugar, la obligación de las Administraciones Públicas de velar por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino.

b) Acto seguido, dicha disposición adicional decimoséptima indica, en particular, que las «actuaciones irregulares» en la presente materia “darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”.

c) Por último, la misma disposición adicional decimoséptima establece también el derecho de los trabajadores a percibir, sin perjuicio de las eventuales indemnizaciones previstas en la normativa laboral, una compensación por la contratación temporal irregular, consistente en el pago de la diferencia entre el importe máximo resultante de la aplicación de la regla de veinte días de salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que correspondiera percibir por la extinción del contrato. Esta compensación es exigible en el momento de la resolución del contrato y se limita al contrato del que traiga causa el incumplimiento de la normativa.

Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018

30. La disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE n.º 161, de 4 de julio de 2018, p. 66621), en su versión aplicable a los hechos de los litigios principales (en lo sucesivo, «Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018»), que sustituyó a la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (BOE n.º 153, de 28 de junio de 2017, p. 53787) (en lo sucesivo, «Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017»), establece, en particular, que la condición de trabajador indefinido no fijo solo puede concederse cuando ello se derive de una resolución judicial. Esta disposición adicional cuadragésima tercera establece que las «actuaciones irregulares» cometidas en materia de contratación temporal por «los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a dichos órganos, «de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas».

SEGUNDO. Justificación de la procedencia del planteamiento de la cuestión prejudicial

31. Esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo tiene atribuida la competencia de unificar la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico laboral llevada a cabo por todos los órganos judiciales del Estado, siendo sus decisiones las únicas que tienen atribuida el carácter de jurisprudencia, con arreglo al art. 1.6 del Código Civil.

32. La reciente STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22; C-110/22 y C-159/22), se ha pronunciado sobre diferentes cuestiones prejudiciales planteadas por parte de la Sala Social del TSJ de Madrid, relativas a la misma materia que es objeto de este litigio. Esto es, la de determinar si la normativa legal española, en la forma en que es interpretada por la jurisprudencia, es acorde con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, y contempla la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera el apartado 1 de la misma, o medidas legales equivalentes, a efectos de prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, cuando el empleador es un organismo del sector público.

33. La aplicación de dicha STJUE por parte de los órganos judiciales españoles ha generado múltiples y dispares interpretaciones, en los numerosos litigios en los que está en juego la calificación como fija o, indefinida no fija, de la condición del personal laboral contratado de manera irregular mediante contratos de duración determinada por los organismos y administraciones del sector público.

34. Hasta el punto, incluso, de que el propio órgano judicial que suscitó aquellas cuestiones prejudiciales ha resuelto definitivamente los litigios a los que se refieren, en el sentido de entender que dicha STJUE no obliga a declarar la relación laboral como fija, sino que permite considerar que es adecuada y suficiente para cumplir con las exigencias derivadas de la cláusula

5ª del Acuerdo Marco su calificación como indefinida no fija, conforme al régimen jurídico atribuido a esta figura en la jurisprudencia nacional.

35. Por las razones seguidamente expuestas, esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo también alberga dudas acerca del modo de aplicar los preceptos tomados en cuenta por la citada STJUE de 22 de febrero de 2024 y la respuesta que en ella se ofrece respecto de las cuestiones suscitadas. De aquí la trascendencia de recabar una respuesta del Tribunal de Justicia, para aclarar si es conforme a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco la doctrina de este Tribunal Supremo que limita el reconocimiento de la condición de trabajo fijo en el sector público a quien accede al empleo público tras haber superado un proceso selectivo conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, calificando por el contrario como indefinida no fija la relación laboral del trabajador temporal contratado por un empleador público de manera ilegítima o en abuso de contratos de duración determinada.

36. Para una mejor comprensión de nuestro hilo argumental conviene adelantar sus hitos fundamentales, que seguidamente desarrollaremos:

1) El acceso al empleo público español de carácter fijo debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad.

2) La libre circulación de trabajadores incluye la posibilidad de participar en las convocatorias para acceso a empleos fijos en el ámbito público.

3) El empleo desempeñado por la trabajadora demandante no es de los excluidos de la libre circulación.

4) El cumplimiento de las normas (españolas y de la UE), requiere que el acceso a un empleo público de carácter fijo solo sea posible si previamente se ha ofrecido para que puedan optar al mismo cuantas personas (del ámbito UE) así lo deseen.

5) La figura del indefinido no fijo constituye una respuesta a los abusos de temporalidad en el sector público y aparece indirectamente respaldada por la jurisprudencia del TJUE. Alguna sentencia del Tribunal de Justicia ha parecido avalarla, de manera más o menos implícita.

6) Nuestra jurisprudencia ha equiparado los derechos del personal indefinido no fijo con los del personal fijo (remuneración, promoción

profesional, incentivos, etc.) sin perjuicio de requerir a la Administración empleadora para que la plaza sea convocada a concurso público.

7) Además de las normas sobre responsabilidad de quienes cometen los abusos en la contratación pública, la jurisprudencia viene reconociendo en favor del indefinido no fijo cesado por no superar las pruebas convocadas, en su caso, una indemnización compensatoria equivalente a la de las personas despedidas por crisis económica.

8) El cese de un trabajador indefinido no fijo por cualquier causa diversa a la apuntada es tratado como el de un empleado fijo.

9) El cese de un trabajador al que se le ha reconocido la condición de indefinido no fijo, invocando la llegada de un término temporal (que es inexistente) aboca a la declaración de que existe un despido nulo (con obligada readmisión).

10) Diversas normas sobre estabilización o consolidación de empleos temporales han sido aprobadas en los últimos años, entre cuyos objetivos se encuentra el de regularizar las situaciones derivadas del carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada.

De todo lo cual resulta, que la declaración de que una persona debe ser considerada como indefinido no fijo en el Derecho español: a) Defiende su derecho a seguir trabajando (pese a que accedió solo para un periodo temporal); b) Reclama del empleador la convocatoria de la plaza; c) Asigna una indemnización equivalente a la del despido por problemas empresariales en caso de no superar las pruebas convocadas; d) Descarta que pueda invocarse un término final para extinguir el contrato; e) Extiende al indefinido no fijo todos los derechos del personal fijo.

En conclusión: 1) Está en juego tanto el derecho a la no discriminación y la libre circulación de cuantas personas quisieren intentar acceder al empleo público desempeñado por quien solo debía haberlo hecho de modo temporal.

2) Existen numerosas garantías y cautelas para proteger a estas personas indefinidas no fijas, pero sin concederles la definitiva propiedad del puesto desempeñado.

Por tanto, estimamos necesario, para resolver de modo definitivo la contienda suscitada por la demandante, que ese Tribunal de Justicia despeje la duda de si la expuesta construcción sobre los indefinidos no fijos se opone al Derecho

de la UE en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo.

37. Teniendo además en cuenta a estos efectos, que la STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/19, apartado 73, invocando el precedente de la STJUE 14 de septiembre 2016, C-197/2015 y C-184/2015, parece aceptar que la conversión de la relación laboral en indefinida no fija pudiere ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada cuando el empleador es un organismo público, al indicar a tal efecto que “En este contexto, procede señalar que el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que no exista ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los «trabajadores indefinidos no fijos» podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco”.

TERCERO. El acceso al empleo público español de carácter fijo debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad

38. Cuando el empleador del trabajador es una empresa privada que no forma parte del sector público, las medidas legales contenidas en el art. 15 ET y en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, cumplen con las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada. Por lo siguiente: a) consideran como indefinidos, desde el mismo momento de su formalización, los contratos temporales celebrados en fraude de ley, es decir, los que incurren en alguna irregularidad o causa de ilegalidad; b) limitan a un plazo de veinticuatro meses en un periodo de treinta la utilización sucesiva de contratos temporales, que individualmente considerados serían ajustados a derecho; c) restringen a un máximo de tres meses la duración de los procesos de selección para la cobertura de un puesto de trabajo para el que se haya contratado un trabajador interino.

39. De tales reglas se desprende que nuestro ordenamiento interno fija un límite a la duración máxima total de los sucesivos contratos temporales, así como a sus posibles renovaciones en tal periodo. Disponiendo como sanción para su incumplimiento, la conversión de la relación laboral en indefinida. Por consiguiente, cuando el empleador es una empresa privada que no forma parte del sector público, ninguna duda ofrece a este Tribunal Supremo la adecuación de tales preceptos legales a la cláusula 5 del Acuerdo Marco. En ese caso, la aplicación de las normas de derecho interno conduce a calificar a todos los efectos como indefinida la relación laboral concertada con abuso de la contratación temporal. Lo que supone equiparar íntegramente al trabajador que ha sido objeto de una contratación temporal abusiva con los trabajadores indefinidos de la misma empresa, neutralizando de esta forma los efectos perjudiciales sufridos por el trabajador abusado. Se trata de una medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración.

40. El Derecho español permite a los organismos públicos contratar a personal laboral conforme a las disposiciones ordinarias del derecho del trabajo contenidas en el ET. Las dudas en la aplicación de la citada STJUE de 22 de febrero de 2024, surgen al analizar cual haya de ser la respuesta adecuada a esa misma cuestión cuando la empleadora es un organismo de la administración pública, puesto que, a diferencia de la empresa privada, la contratación del personal laboral de las entidades públicas se encuentra sometida a la obligación de respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público. Lo que impide atribuir la condición de trabajador fijo en el sector público a quien no ha superado los procesos selectivos que deben ser convocados para cubrir esos puestos de trabajo conforme a los indicados principios, para salvaguardar el derecho de todos los ciudadanos de acceder al empleo público en igualdad de condiciones.

41. El artículo 14 de la Constitución garantiza la igualdad de todos los españoles ante la ley; el artículo 23, apartado 2, de la Constitución dispone que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones

y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”; y el artículo 103.3 de la Constitución establece que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos y el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Por su parte, los artículos 11.3 y 55.1 del EBEP reconocen el derecho de todos los ciudadanos de acceder al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que deben regir en todo caso los procedimientos de selección del personal laboral.

42. Los principios de igualdad, mérito y capacidad son por lo tanto aplicables a todas las modalidades de acceso al empleo público, tanto a los funcionarios como al personal laboral. No hay en esta materia ninguna discrepancia entre la doctrina del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional. Ambos Tribunales consideran que el art. 103. 2 de la Constitución es aplicable al personal laboral de los organismos y administraciones públicas, para garantizar el cumplimiento en ese ámbito del acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. El propio Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que el art. 14 de la Constitución también garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público no funcionarial, otorgando de esta forma una protección igualmente aplicable a cualesquiera normas y actos que afecten al personal laboral, con independencia del carácter funcionarial o laboral del personal afectado (fundamento jurídico 8; STC 236/2015, de 19 de noviembre de 2015).

43. A esos efectos, como señala en su apartado 43 la STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-72/18, los Estados miembros disponen de la facultad de apreciación en relación con la organización de sus propias Administraciones Públicas, y pueden, “sin infringir la Directiva 1999/70 ni el Acuerdo Marco, establecer requisitos para el acceso a condición de funcionarios de carrera y las condiciones de trabajo de tales funcionarios (sentencias de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C-302/11 a C-305/11, EU:C:2012:646, apartado 57, y de 20 de septiembre de 2018, Motter, C-466/17, EU:C:2018:758, apartado 43)”. Lo que supone admitir que los Estados miembros gozan de un amplio margen de apreciación para regular los requisitos y condiciones de acceso al empleo público.

44. En ese contexto, y dentro de ese margen de apreciación del que disponen los Estados miembros, conforme al derecho español, el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad constituye un requisito de acceso a la condición de empleado laboral fijo del sector público, sin cuyo cumplimiento no es posible adquirir tal condición.

CUARTO. La libre circulación de trabajadores incluye el acceso a las convocatorias para acceso a empleos fijos en el ámbito público

45. Además de todo lo anterior, el artículo 45 del TFUE garantiza el derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. Por su parte, el artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra el derecho de igualdad ante la ley, mientras que su artículo 21, protege el de no discriminación por razón de nacionalidad. Derechos, todos ellos, que resultarían vulnerados en caso de privar a los ciudadanos de los demás Estados miembros de la posibilidad de acceder al empleo público en igualdad de condiciones con los nacionales de otro Estado.

46. Es verdad que el art. 45.4 del TFUE excluye del derecho a la libre circulación a los empleos en la administración pública. Pero el Tribunal de Justicia ha delimitado en sus estrictos términos el alcance de esta excepción a la regla general de la libre circulación, para declarar que no están comprendida dentro de la misma aquellas situaciones en las que el puesto de trabajo, pese a estar integrado dentro del ámbito de la administración pública, no comporta el ejercicio de potestades públicas que supongan la participación, directa o indirecta, en el desempeño de poder público asociado a los intereses generales del Estado. Tal y como así sucede en el presente supuesto, en el que el puesto de trabajo de la demandante es el de cuidadora de niños en centros educativos, que en modo alguno supone el ejercicio de funciones de esa singular naturaleza, y no se encuentra por lo tanto excluido de la libre circulación de trabajadores en la Unión.

47. Como a tal efecto señala la STJUE de 10 de septiembre de 2014, C-270/2013, en sus apartados 44 y 45, con base en de los precedentes que menciona “el concepto de «Administración pública» en el sentido del artículo 45 TFUE, apartado 4, se refiere a los empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad (véanse, en particular, las sentencias Comisión/Grecia, C-290/94, EU:C:1996:265, apartado 2, y Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, EU:C:2003:515, apartado 39).” (apartado 44). De tal manera que esa excepción “no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos de Derecho público, no implican sin embargo ninguna participación en las actividades que competen a la Administración pública propiamente dicha (sentencias Comisión/Grecia, EU:C:1996:265, apartado 2, y Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, EU:C:2003:515, apartado 40).

48. De lo que resulta, que el acceso al empleo público no solo debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad que garantiza la Constitución española, sino también el de la libre circulación de trabajadores conforme a las normas que regulan el Derecho de la Unión Europea. Por consiguiente, el cumplimiento de las normas españolas, así como las de la Unión Europea, cuando el puesto de trabajo no está excluido de la libre circulación de trabajadores, requiere que el acceso a un empleo público de carácter fijo solo sea posible si previamente se ha ofrecido en convocatoria abierta para que puedan optar al mismo los ciudadanos de la Unión Europea que así lo deseen y reúnan los requisitos al efecto.

QUINTO. La figura del trabajador indefinido no fijo constituye una respuesta a los abusos de temporalidad en el sector público. Aparece indirectamente respaldada en la jurisprudencia del TJUE

49. Conforme a lo que hemos dicho, el artículo 15 ET obliga a considerar como indefinida la relación laboral del trabajador irregularmente contratado como temporal. Pero el artículo 103.2 de la Constitución condiciona el acceso al empleo público a la convocatoria de procesos selectivos en los que se

respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad; mientras que las normas del Derecho de la Unión Europea obligan asimismo a garantizar la libre circulación de trabajadores entre los Estados miembros.

50. Para conciliar adecuadamente estos preceptos legales, cuando la empleadora es un organismo del sector público, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado la situación jurídica del trabajador indefinido no fijo, como solución a la problemática que se presenta en los casos en los que un organismo público ha contratado a trabajadores mediante contratos de duración determinada que resultan ilegítimos, por ser contrarios a las normas que regulan la contratación temporal, o incurre en abuso, por la utilización sucesiva de contratos temporales, ante la imposibilidad legal de atribuir a ese trabajador la condición de personal laboral fijo, porque no ha accedido al empleo público tras la convocatoria de un proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

51. La consecuencia de ello, es que la contratación irregular de duración determinada pasa a convertirse en indefinida no fija desde su fecha de inicio. Lo que impide la resolución del contrato de duración determinada, y despliega el efecto jurídico de mantener la vigencia del vínculo contractual hasta la definitiva cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario legalmente correspondiente. En cuyo momento se extingue la relación laboral del trabajador indefinido no fijo, con el pago de una indemnización de 20 días por año de servicio, a la que no tendría sin embargo derecho en el caso de que los contratos de duración determinada fuesen legítimos y no abusivos.

52. A lo que debe añadirse, que durante la vigencia del vínculo laboral, la jurisprudencia reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos los mismos derechos que a los trabajadores fijos en todos los ámbitos de la relación laboral, incluso en aquellos que conllevan la posibilidad de acceder a otros puestos de trabajo diferentes del que fue objeto de la contratación temporal inicial, y en cualquier clase de materia (remuneración, promoción profesional, incentivos, etc...). Con la calificación del despido como nulo, con la obligada readmisión del trabajador indefinido no fijo, si el cese se produce una vez

declarada tal condición y bajo la invocación por el empleador de la llegada de un término temporal que es inexistente. De igual manera que se reconoce a favor de los trabajadores indefinidos no fijos la misma indemnización que corresponde a los trabajadores fijos en caso de despido improcedente, si la extinción de la relación laboral es ilegítima y no obedece a la cobertura reglamentaria de la plaza que estaban desempeñando.

53. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esa transformación de la relación laboral en indefinida no fija puede producirse de dos maneras distintas. La primera de ellas, cuando el contrato de duración determinada es ilegítimo y contrario a derecho en su origen, porque incumple desde su nacimiento las normas que regulan la modalidad de contratación utilizada. La segunda, más habitual, como es el caso del presente litigio, cuando el contrato de duración determinada es inicialmente válido, porque su finalidad es la de cubrir una plaza vacante hasta la definitiva cobertura una vez finalizado los procesos selectivos convocados a tal efecto, pero se produce un abuso de la contratación temporal al prolongarse esa situación durante un periodo de tiempo inusualmente largo.

54. La STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C- 726/19, establece que no es contraria al Acuerdo Marco una normativa nacional que permite la renovación de contratos de duración determinada para cubrir temporalmente una plaza en la Administración, a la espera del resultado de los procesos de selección de un titular (apartado 57). Tras lo que señala, que la observancia de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, requiere que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales (apartado 59). Lo que obliga a examinar en cada caso todas las circunstancias del asunto, tomando en consideración, en particular, el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que contratos o relaciones laborales de duración determinada, aunque se concluyan en apariencia para atender a una necesidad de sustitución de personal, sean utilizados de manera abusiva por los empleadores (apartado 60).

55. La sentencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo de 28 de junio 2021, rcud. 3263/2019, asume de manera inmediata los criterios de esa STJUE de 3 de junio de 2021. Fija en un periodo de tres años el plazo máximo del que disponen las Administraciones públicas para convocar y culminar los procesos de selección de personal. La relación laboral del trabajador contratado legítimamente de manera provisional para cubrir ese puesto pasa a ser entonces indefinida no fija, cuando se prolonga en el tiempo durante ese plazo de tres años, porque la superación de ese periodo temporal supone que se ha producido un abuso en la utilización de la contratación temporal.

56. Una vez que la relación laboral ha pasado a ser indefinida no fija, es cuando se genera el derecho a percibir la indemnización de veinte días por año de servicio al momento de su extinción por la cobertura de la plaza. Por consiguiente, la indemnización de veinte días por año de servicio solo se percibe cuando la relación laboral se ha transformado en indefinida no fija porque hay una utilización ilegítima de la contratación temporal, o cuando se produce un abuso en la duración de la contratación temporal por haberse prolongado en el tiempo durante más de tres años.

57. Como ya hemos indicado en el apartado 37, la STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/19, apartado 73, invocando el precedente de la STJUE 14 de septiembre 2016, C-197/2015 y C-184/2015, parece aceptar que la conversión de la relación laboral en indefinida no fija pudiere ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada.

SEXTO. Naturaleza jurídica, fundamento y finalidad de la indemnización por la extinción de la relación laboral indefinida no fija

58. En los dos primeros apartados de su parte dispositiva, la STJUE de 22 de febrero de 2024, declara: 1) que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos del Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en su ámbito de aplicación; 2) que la situación de utilización sucesiva de contratos a que se

refiere el Acuerdo Marco, comprende a los trabajadores indefinidos no fijos que se mantienen en la plaza que ocupan mientras la Administración no convoca el proceso selectivo para su cobertura definitiva, entendiéndose en esa caso prorrogado automáticamente el contrato de duración determinada que le vincula con la Administración.

59. Ninguna de estas dos primeras conclusiones colisiona con la doctrina jurisprudencial que delimita el régimen jurídico del contrato indefinido no fijo. Ambas resultan perfectamente compatibles con nuestro ordenamiento jurídico, lo que permite su aplicación conforme al Derecho de la Unión, sin incurrir para ello en interpretación contra legem del Derecho nacional.

60. La primera, porque la cláusula 5 del Acuerdo Marco solo admite los conceptos de contratos de duración determinada y contrato indefinido. Desde esa perspectiva, el trabajador indefinido no fijo es un trabajador con contrato de duración determinada, al existir desde su origen una causa extintiva predeterminada de la relación laboral cuya duración está condicionada a la cobertura de la plaza. La segunda, porque la incierta prolongación en el tiempo de la relación laboral indefinida no fija, a expensas de la convocatoria y resolución de los procesos selectivos para la cobertura de la vacante, puede equipararse, a efectos del Acuerdo Marco, a una prórroga automática de contratos de duración determinada.

61. Las dudas sobre el alcance de la STJUE de 22 de febrero de 2024 que se le han generado a los órganos judiciales españoles, que ya han dado lugar a la existencia de numerosas sentencias contradictorias, se presentan respecto a la declaración de que la cláusula 5 del Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional que contempla 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”.

62. Como ya hemos dicho, en nuestro Derecho nacional la adquisición de la condición de trabajador indefinido no fijo, con el consiguiente reconocimiento de la indemnización de 20 días por año de servicio, es una respuesta a los abusos de la temporalidad en el sector público. Es la consecuencia derivada de la ilegalidad o el carácter abusivo en el que haya incurrido la administración pública en la utilización de los contratos de duración determinada, que se genera, precisamente, por la utilización ilegítima o abusiva de la contratación temporal.

63. No existe en realidad una modalidad de contrato de trabajo indefinido no fijo al que pueda acogerse legítimamente la administración pública, cuya eventual utilización abusiva determine posteriormente el pago de dicha indemnización. El indefinido no fijo no es en sí mismo una clase de contrato de trabajo a la que pueda recurrir el empleador, sino la situación jurídica creada jurisprudencialmente como medida de protección para los afectados en los supuestos en los que la administración pública incurre en la utilización abusiva de contratos temporales. El trabajador solo adquiere la condición de indefinido no fijo, con derecho a percibir esa indemnización, si el contrato temporal es ilegítimo o se ha utilizado de manera abusiva.

64. Es perfectamente factible que el contrato de duración determinada concertado por el organismo público sea legítimo y conforme a derecho, porque no incurra en ninguna causa de irregularidad, y el proceso para la cobertura de la plaza no se extienda más allá del plazo máximo de tres años. En este caso la relación laboral es de duración determinada, sin transformarse en indefinida no fija. El contrato de duración determinada se extingue por expiración del tiempo convenido, sin que nazca el derecho a la indemnización de 20 días por año de servicio.

65. La STJUE 5 de junio de 2018, C-677/16, asunto Montero Mateos, ha refrendado que el art. 49.1 letra c) ET es conforme al Acuerdo marco, al declarar que “La cláusula 4, 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 no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede”.

66. Por lo tanto, la extinción del contrato de duración determinada concertado conforme a derecho no comporta el pago de la indemnización de veinte días por año de servicio. Esa indemnización solo cabe cuando el contrato de duración determinada es ilegítimo o abusivo, por lo que no es en ningún caso independiente de cualquier consideración sobre el carácter legítimo o abusivo del contrato. Todo lo contrario, la indemnización de 20 días por año de servicio, únicamente procede si el contrato de duración determinada e ilegítimo o se ha incurrido en abuso en su utilización por haberse prolongado más allá del plazo de tres años.

67. Dicho lo anterior, debe ahora recordarse que la doctrina del TJUE ha determinado que la aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. La exigencia que de ella se deriva para los Estados miembros, es la de contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar, la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (STJUE de 19 de marzo de 2020, C-103/18, C-429/18, apartado 97).

68. Por consiguiente, de dicha cláusula 5 no se desprende la consecuencia jurídica de que la contratación temporal irregular del personal laboral por parte de las administraciones y organismos públicos conlleve el reconocimiento de la relación laboral como fija, cuando la normativa nacional contempla medidas adecuadas para sancionar el abuso en la utilización sucesiva de contratos de duración determinada.

69. Se trata en consecuencia de analizar si el Derecho español, en la forma en que viene siendo interpretado por la jurisprudencia, ofrece soluciones que permitan conciliar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la cláusula 5 del Acuerdo Marco con las normas de derecho interno que impiden el reconocimiento de la condición de personal laboral fijo en el sector público a trabajadores que no hayan superado procesos selectivos convocados a tal afecto.

70. Y aquí es donde surgen las dudas que ya hemos expuesto respecto a la correcta interpretación de la STJUE de 22 de febrero de 2024, en cuanto parece negar que la calificación de la relación laboral como indefinida no fija, con las consecuencias legales inherentes que a tal condición le atribuye la jurisprudencia, sea una medida adecuada para cumplir con las obligaciones derivadas de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

71. Este Tribunal Supremo no comparte el criterio del tribunal remitente de aquella cuestión prejudicial, al que se refiere el apartado 94 de la STJUE 22 de febrero de 2024 -que se remite a su vez a los apartados 83 a 85-, según el cual, el Derecho español no prevé, para la categoría de contratos indefinidos no fijos, ninguna medida destinada a evitar la utilización abusiva de esos contratos.

72. Como hemos dicho, la calificación de la relación laboral como indefinida no fija es la consecuencia jurídica derivada de la ilegítima o abusiva utilización de contratos de duración determinada. Constituye una garantía para los trabajadores y una sanción para la administración empleadora por dicha ilícita utilización, y, a juicio de este Tribunal, puede por lo tanto considerarse como una medida legal equivalente y adecuada para evitar y sancionar los abusos en la utilización de contratos temporales por parte de la Administración pública, que cumpliría con las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

73. Conclusión que entendemos avalada por lo que indica la propia STJUE de 22 de febrero de 2024, en su apartado 136: “De todo lo anterior se desprende, por un lado, que, en el supuesto de que el tribunal remitente considerase que el ordenamiento jurídico

interno de que se trata no contiene, en el sector público, ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de estos contratos en una relación laboral de duración indefinida podría constituir tal medida”.

74. De lo que parece deducirse que la existencia en el ordenamiento jurídico interno de medidas efectivas para evitar, y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada en el sector público, es adecuada para cumplir con las obligaciones que impone la cláusula 5 del Acuerdo Marco, sin que sea por lo tanto necesaria la conversión de esos contratos en una relación laboral fija.

75. En ese contexto y conforme a dichos presupuestos, si la calificación de la relación laboral como indefinida no fija es consecuencia de la utilización ilegítima o abusiva de la contratación temporal, y lleva aparejada el pago de la indemnización de veinte días por año de servicio, bien pudiese ser una medida legal equivalente a las previstas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Lo que permitiría entonces la perfecta conciliación del derecho de la Unión Europea con la normativa nacional, que impide reconocer la condición de personal laboral fijo de los organismos del sector público al trabajador que accede al empleo sin que se haya celebrado el pertinente proceso de selección convocado conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

SÉPTIMO. La posible aplicación de la indemnización del despido improcedente

76. Pero en la medida en que la indemnización de veinte días por año de servicio, con un límite de doce mensualidades, es la que se corresponde en el Derecho español con la prevista para la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas derivadas de necesidades empresariales, cabe la posibilidad de que el Tribunal de Justicia considere esa indemnización inadecuada, por insuficiente, para cumplir con las exigencias derivadas de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

77. Para el caso de que el Tribunal de Justicia considere que esa indemnización de veinte días por año de servicio, con un límite de doce mensualidades, no sea una medida adecuada 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, se le plantea subsidiariamente a este Tribunal la duda de si pudiese ser entonces una medida adecuada y disuasoria a esos efectos, la de imponer el pago de la máxima indemnización legal en cada momento vigente en el Derecho español correspondiente a los despidos improcedentes de los trabajadores fijos, (en la actualidad, de treinta días por año de servicio y un límite de veinticuatro mensualidades), con lo que se vendría a equiparar en toda su integridad la situación jurídica de los trabajadores indefinidos no fijos a la de los trabajadores fijos del sector público.

OCTAVO. Las normas sobre estabilización y consolidación del empleo público. La convocatoria de procesos selectivos de acceso al empleo público

78. También en este extremo la STJUE de 22 de febrero de 2024, contiene unas declaraciones que ofrecen dudas sobre su alcance, al señalar, que la cláusula 5 del Acuerdo Marco, 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.

79. Como recuerda la STJUE de 22 de febrero de 2024, en su apartado 117, el Tribunal de Justicia ha puntualizado que, aun cuando la convocatoria de procesos selectivos ofrezca a los empleados públicos que hayan sido contratados de manera abusiva la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo, 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, pues como indica en ese mismo apartado “esos procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos, en general, a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso”.

80. Lo que le ha llevado a afirmar en el apartado 118 “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”.

81. Pero lo cierto es que en Derecho español se han dictado medidas legislativas específicas y expresamente dirigidas a cumplir desde esa perspectiva con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, con las que justamente se persigue que la convocatoria de tales procesos no sea en modo alguno independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada.

82. La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, explica que la tasa de temporalidad en el empleo público en España ha llegado casi a un treinta por ciento. Admite que las sucesivas regulaciones en la materia no han conseguido disminuir ese porcentaje. Reconoce que, a la falta de convocatoria regular de procesos selectivos, se añade que los procedimientos no se desarrollan con la agilidad y celeridad necesaria, lo que ha dado lugar a una situación estructural y de recurso al nombramiento de trabajadores interinos y personal temporal. Menciona expresamente la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco y la doctrina del TJUE en su interpretación, para admitir que de ella se desprende la obligación de instaurar medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad, con la adopción de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad.

83. Además de todo ello, introduce en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público una nueva disposición adicional decimoséptima, en la que se prevé un régimen de responsabilidades en caso de incumplimiento de las medidas anteriormente enunciadas e introducidas en el artículo 10 del citado texto legislativo. Así, se refuerza el contenido de esta reforma normativa, de manera que las actuaciones irregulares en la aplicación del artículo 10 darán lugar a la exigencia de responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas, constituyendo un mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio para el cumplimiento del deber de evitar abusos en la temporalidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en cumplimiento de la cláusula 5.^a del Acuerdo Marco.

84. Contempla un proceso de estabilización del empleo público dirigido a cubrir las plazas ocupadas de manera interina, para las que el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva.

85. Regula asimismo la convocatoria excepcional por el sistema de concurso, de aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016. Estos procesos, que se realizarán por una sola vez, podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Para evitar dilaciones en estos nuevos procesos, se exigirá que las ofertas de empleo relativas a estos procesos de estabilización se aprueben y publiquen en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022, y las respectivas convocatorias antes del 31 de diciembre de 2022, debiendo finalizar los procesos antes del 31 de diciembre de 2024.

86. De este conjunto de medidas legales se desprende que la convocatoria de los procesos de selección dirigidos, entre otros, a los empleados públicos que han sido contratados de manera abusiva mediante contratos de duración determinada, no es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de esa contratación, sino, que bien al contrario, se encuentra indisolublemente vinculada a esa situación, con la finalidad de poner fin a la misma mediante la regularización de todo ese empleo público.

87. Es cierto que esos procesos van a estar abiertos a candidatos que no han sido víctimas de tal abuso. Pero, no lo es menos, que la fórmula contemplada por el legislador atribuye un valor determinante para conseguir la plaza a la experiencia previa y al tiempo desempeñado por estos trabajadores en el desarrollo de esas tareas durante los periodos de su contratación temporal, que compensa adecuadamente la situación que han soportado durante esos periodos, al facilitarles en gran medida y en condiciones muy ventajosas, el acceso definitivo a la plaza como trabajadores fijos.

88. En lo que no puede olvidarse que dichos trabajadores accedieron al empleo, del que han venido disfrutando durante todo ese periodo, sin verse obligados a superar ninguna clase de proceso selectivo de acceso al empleo público fijo conforme a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Sin competencia con la generalidad de los ciudadanos nacionales y de otros Estados miembros, que se vieron privados de la posibilidad de acceder a un empleo público, adjudicado a quienes resultaron beneficiados por esa actuación irregular del organismo empleador.

89. Debe tenerse igualmente en cuenta que la precitada normativa legal establece asimismo, que “Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino. Asimismo, las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal. 2. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con

la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas". Regla que permite exigir, incluso judicialmente, el cumplimiento en plazo de esas obligaciones legales, para reclamar del empleador la convocatoria de la plaza, así como la activación de otro tipo de responsabilidades, incluidas las patrimoniales.

90. En definitiva, el régimen jurídico regulado para estos procesos selectivos cumple con lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, en la medida en que la convocatoria de los procesos selectivos ha tenido en cuenta el carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada y pretende dar respuesta a la situación en la que se encuentran los trabajadores abusados, ponderando adecuadamente el resarcimiento de sus derechos con las legítimas aspiraciones de los demás ciudadanos de acceder al empleo público de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, y con respeto de la libre circulación.

91. Extremo en el que este Tribunal Supremo quiere añadir una última consideración. La consecuencia de calificar como fijo a todo el personal laboral que ostente la condición de indefinido no fijo, supone eximir a la Administración de la obligación convocar estos procesos selectivos y negar al resto de los ciudadanos el derecho a participar en los mismos, en tanto que la consolidación de las plazas ocupadas por ese personal indefinido no fijo haría innecesaria la convocatoria de ofertas públicas de empleo para su cobertura, generando un innegable perjuicio a los eventuales y legítimos aspirantes a la coberturas de tales puesto.

92. Pensamos que la aplicación del Derecho de la Unión no puede llevar a una consecuencia tan drástica a nivel de Derecho interno, cuando hay medidas alternativas, como la calificación de la relación laboral de indefinida no fija, que permite la adecuada conciliación de los principios del Derecho nacional con las obligaciones que impone el Derecho de la Unión.

NOVENO. Las cuestiones prejudiciales

93. Recapitulando todo lo que se lleva dicho, en nuestro derecho interno el abono de la indemnización por extinción de la relación laboral indefinida no fija obedece a la consideración ilegítima o abusiva de la utilización de los contratos de duración determinada por parte de los empleadores del sector público. Por otra parte, las convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por los trabajadores temporales, entre ellos los indefinidos no fijos, tienen como uno de sus objetivos el de reparar el carácter ilegítimo o abusivo de la utilización de los contratos de duración determinada en el sector público.

Con esa base se plantean al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

Primera cuestión, principal: **¿Se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos?**

Segunda cuestión, de carácter subsidiario, para el caso de que la respuesta a la primera cuestión prejudicial sea la de declarar que la doctrina jurisprudencial que niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco: **¿El reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral, puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?**

DÉCIMO. La necesidad de unificar los distintos pronunciamientos judiciales que en esta materia puedan producirse y la relevancia del efecto que en la realidad social española alcanza la cuestión, habida cuenta del alto índice de trabajadores temporales en el sector público, nos aconseja solicitar al Tribunal de Justicia que tramite este asunto mediante el procedimiento acelerado del art. 105.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, dándole, en todo caso, tratamiento prioritario.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

A) Elevar petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea del tenor siguiente:

CUESTIONES QUE SE FORMULAN AL TRIBUNAL DE JUSTICIA

1. Principal. **¿Se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y no discriminación en la libre circulación de trabajadores, niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos?**
2. Subsidiaria. De ser afirmativa la respuesta a la anterior pregunta: **¿El reconocimiento de una indemnización disuasoria al trabajador indefinido no fijo en el momento de la extinción de su relación laboral, puede considerarse como una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales en el sector público con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco?**

B) Solicitar al Tribunal de Justicia la tramitación por el procedimiento acelerado de la petición, o en su caso, tratamiento prioritario.

C) Suspender las actuaciones hasta que se pronuncie el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, junto con una versión anonimizada de la misma y copia de los autos, en la forma prevista en los apartados 23 y 24 de las "Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de



cuestiones prejudiciales", a través de la aplicación e-Curia. Remítase copia simple al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial (REDUE, Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

Notifíquese la presente resolución a las partes. La presente resolución es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.