

“Del Mito a la “Realidad jurídica” : ¿La categoría laboral del trabajador “indefinido no fijo” se opone al Derecho de la Unión Europea en materia de empleo temporal y de no discriminación en el acceso al empleo público? ¿Es realmente disuasoria y ajustada a los principios de nuestro ordenamiento jurídico ante las reiteradas irregularidades en la contratación laboral cometidas por el empleador público?”

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: AS-SOC (Pleno) de 30 de mayo de 2024 (RCUD núm. 5544/2023). Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego. Cuestión prejudicial planteada al TJUE en relación con el abuso de la contratación temporal en el empleo público y los problemas derivados de la aplicación de la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asunto C-59/22). La cuestión consiste en determinar si el cumplimiento de las Cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (recogido en 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) 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.

Palabras clave: Abuso de derecho y fraude de ley en las relaciones de trabajo en el sector público. Estabilidad en el empleo. Contratación temporal. Contrato indefinido no fijo. Contrato fijo.

Abstract: AS-SOC (Plenary) of 30 May 2024 (RCUD No. 5544/2023). Speaker: Mr. Sebastián Moralo Gallego. Question referred to the CJEU regarding the abuse of temporary hiring in public employment and the problems arising from the application of the STJUE of 22 February 2024 (Case C-59/22). The question is whether compliance with Clauses 2, 3 and 5 of the Framework Agreement on fixed-term work concluded on 18 March 1999 (annexed to Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the Framework Agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP) requires that the employment relationship maintained by the plaintiff worker with a public administration body be classified as fixed-term, on the basis of several fixed-term contracts which have lasted for more than three years, or does the declaration of that employment relationship as non-fixed indefinite-term and the associated award of

a dissuasive allowance adequately satisfy the requirements of the Framework Agreement, to which end the following question is referred for a preliminary ruling.

Keywords: *Abuse of rights and fraud of law in employment relationships in the public sector. Employment stability. Temporary contracts. Indefinite-term contracts. Permanent contracts.*

I. Introducción

El mandato constitucional del artículo 103.3 CE de elaborar un Estatuto del funcionariado público, no fue atendido hasta casi treinta años después, con la aprobación mediante Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). El EBEP actualmente, en su vigente redacción por el RD-Legislativo 5/2015, es la principal norma reguladora del régimen jurídico del personal de las Administraciones, aunque hay que señalar que se mantienen vigentes algunos preceptos anteriores, por un lado, y por otro, que el EBEP ha sido objeto de numerosas reformas de muchas de sus disposiciones.

El mandato constitucional del artículo 103.3 CE de elaborar un Estatuto del funcionariado público, no fue atendido hasta casi treinta años después, con la aprobación mediante Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). El EBEP actualmente, en su vigente redacción por el RD-Legislativo 5/2015, es la principal norma reguladora del régimen jurídico del personal de las Administraciones, aunque hay que señalar que se mantienen vigentes algunos preceptos anteriores, por un lado, y por otro, que el EBEP ha sido objeto de numerosas reformas de muchas de sus disposiciones (de las que, por cierto, se da cuenta en la obra del profesor Baquero Aguilar).

La Exposición de Motivos del EBEP señala como uno de sus principales objetivos el aportar una regulación que conforme los “principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público”, teniendo como fin la eficacia y mejora de la calidad de los servicios públicos, regulando “aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio”. Se trata, por tanto, de proporcionar una regulación básica para el personal funcionario, pero también determinar un marco normativo básico y especial para el personal laboral a su servicio, de ahí que su denominación haga referencia a un Estatuto para los “empleados públicos”. Además reconoce su condición de inicio de un proyecto, manifestando que es un “paso importante y necesario en un proceso de reforma, previsiblemente largo y complejo, que debe adaptar la articulación y la gestión del empleo público en España a las necesidades de nuestro tiempo”.

Es manifiesto, pues, que el principal objetivo de la regulación es la modernización de la gestión del personal al servicio de la Administración Pública, en orden a conseguir la eficacia y calidad del servicio prestado a los ciudadanos, inspirados en los valores e instrumentos de la gestión de personal de las empresas privadas como telón de fondo, sin perjuicio de la permanencia de valores y principios clásicos del empleo público como el acceso sometido a los principios de igualdad, de capacidad y mérito, o la inamovilidad de los funcionarios de carrera. El informe de los expertos (en el proceso de reforma y modernización del empleo público) hacía una remisión directa a “la importancia de la gestión de recursos humanos” (por cierto discutible expresión, pues sin son humanos no pueden ser calificados como meros “recursos”), afirmando que “cualquier Administración que aspire a prestar con eficacia y eficiencia servicios de elevada calidad, precisa de estos instrumentos de ordenación y gestión de recursos humanos o de otros semejantes”. Existe una complejidad vinculada a la dimensión del personal público consecuencia de la estructura territorial descentralizada. Las relaciones de empleo en la Administración evolucionan lenta pero progresivamente, dependiendo de la política del momento y de las necesidades y cambios del propio sector público. No obstante actualmente en nuestro país existen dos características

que la definen, que determinan la distribución de competencias en materia de empleo público y su forma de organización, que son: por un lado, la existencia de dualidad de vínculos, funcional y laboral, coexistiendo en las distintas Administraciones; y por otro, el desarrollo de la realidad territorial de España y su reconocimiento constitucional y, consecuentemente, de la función pública en las distintas Administraciones.

La dualidad de los regímenes reguladores de los empleados públicos hay que recordar que su origen se remonta a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, que fue la que introdujo el principio de la ruptura del modelo tradicional de la función pública, -de nítida influencia francesa-, a un modelo de relaciones de empleo de influencia anglosajona. Con esta norma se abrió las puertas a la contratación laboral en la Administración, y con ella se inicia un cambio de concepto, con profundas modificaciones en distintos aspectos de la regulación del empleo público. En definitiva se puede afirmar que esta norma preconstitucional fue la que puso fin, de un modo definitivo, a la exclusividad de la relación funcional, abriendo paso a los contratos laborales, los contratados en régimen de Derecho Administrativo, y los funcionarios eventuales, o también llamados de confianza. La dualidad de regímenes funcional y laboral en la Administración se mantiene con la Constitución de 1978, recibiendo un nuevo impulso con la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, que no obstante hubo de ser modificada por Ley 23/1988, de 28 de julio, como consecuencia de una Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, en la que se declara no constitucional la falta de límites entre las contrataciones laborales de personal y la funcional. El concepto “empleado público”, que da título a al propio TREBEP^[1], es el reflejo directo de la esencia y objetivo de la norma: regular de forma conjunta, sin perjuicio de sus especificidades, las bases del régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones públicas. Se establece así una clasificación que reconoce como empleados públicos: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. d) Personal eventual. En esta clasificación se incluye una delimitación de quienes son los sujetos en el marco de una relación laboral. Se habla, concretamente de “contratados fijos, por tiempo indefinidos o temporales”. Las dificultades sobrevenidas a la figura del “indefinido no fijo” vienen porque aunque encuentra acomodo en el EBEP no está incluida en el Estatuto de los Trabajadores. Y es que, la remisión que hace el EBEP a este último en cuanto a la aplicación de la legislación laboral resulta contradictoria con esa salvedad introducida en el mismo artículo 11 TREBEP^[2]. Esto es, se podrá contratar de acuerdo a las distintas modalidades que recoge la normativa laboral, pero, en dicha normativa no hay una regulación expresa de esa figura. No parece, por tanto, que quepa la contratación *ab initio* del indefinido no fijo, sino que sería una consecuencia, no una opción^[3]. En este sentido, lo que se incluye no es un tipo de contratación, sino un tipo de relación jurídica en la que su naturaleza, no estrictamente “temporal”, viene condicionada por la existencia de un factor determinante que no se aprecia en la empresa privada: el interés público. En lo que se refiera al acceso al empleo público y a los principios rectores de la selección de personal, cabe señalar, como es sabido, el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio del empleado público está condicionado por unos principios rectores: Los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103.3 CE, en relación con el artículo 14 de la misma Norma Fundamental). Como se sabe, la Ley que cumple actualmente con ese mandato constitucional no es otra que el TREBEP.

En este marco normativo, complejo y en evolución, la categoría laboral del trabajador indefinido no fijo ha sido siempre muy controvertida desde su creación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y no ha dejado de serlo aun cuando fue reconocida por la versión originaria de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público^[4] hasta TREBEP^[5]. Este contexto explosiva –como último hito de un largo proceso de experiencia jurídica- con la reciente STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C59/22; C-110/22 y C-159/22), que se pronunció 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.

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. 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 este figura en la jurisprudencia nacional.

Por las razones que expone la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el Auto objeto de comentario, éste también alberga dudas razonables acerca del modo de aplicar los preceptos tomados en cuenta por la 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 de la UE, para aclarar si es conforme a la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco contenido en la Directiva 1999/70, la doctrina del Tribunal Supremo que limita el reconocimiento de la condición de trabajador 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.

Este es el estado de situación jurídica que tiene como telón de fondo el mismo cuestionamiento de la categoría del indefinido no fijo por su posible falta de acomodación a la Directiva 1999/70, Cláusula 5 del Acuerdo Marco, titulada “Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva”^[6].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Auto.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Pleno. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: Auto de 30 de mayo de 2024.

Tipo y número recurso o procedimiento: Unificación Doctrina núm.5544/2023.
Procedimiento: Cuestión Prejudicial.

ECLI:ES:TS:2024:6188A.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

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.

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.

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

IV. Posición de las partes

-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.

-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.

V. Normativa aplicable al caso

-Tratado de la Unión Europea.

-Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

-Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

-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.

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

-Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

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

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

-Los artículos 14, 23, apartado 2, 23, apartado 2, 103.3, 35.1, 53, 10.2 y 93 a 96 de la Constitución Española.

-Ley Orgánica del Poder Judicial.

-Ley de Enjuiciamiento Civil.

VI. Doctrina básica

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

Es así que la obtención de una plaza como “contratado fijo” debe atender a esos principios constitucionalmente consagrados. 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.

En este contexto la figura del trabajador indefinido no fijo constituye una respuesta a los abusos de temporalidad en el sector público, que aparece indirectamente respaldada en la jurisprudencia del TJUE. La condición de indefinido no fijo 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. 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.

El Tribunal Supremo entiende que la aplicación del Derecho de la Unión no puede llevar a una consecuencia tan drástica a nivel de Derecho interno de convertir automáticamente en trabajadores fijos, 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.

VII. Parte dispositiva

La Sala 4º del Tribunal Supremo 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).

VIII. Pasajes decisivos

En orden la justificación de la procedencia del planteamiento de la cuestión prejudicial, hay que partir de que la 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 artículo 1.6 del Código Civil.

El problema práctico, que viene arrastrando la figura controvertida del indefinido no fijo, en una interminable polémica se ha vuelto a recrudecer atendiendo la reciente STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22; C-110/22 y C-159/22) ^[7], 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.

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. 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 este figura en la jurisprudencia nacional.

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 del hilo argumental del Tribunal Supremo conviene establecer sus hitos fundamentales:

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.

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”.

En conclusión, entiende el Alto Tribunal que: 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.

Con un criterio de Derecho comunitario -adicional a la Directiva 1999/70 aplicable- el Tribunal Supremo proyecta también el principio de igualdad de acceso al empleo público de ciudadanía laboral en el marco de la libre circulación de trabajo dentro de la Unión. El Reglamento (UE) nº 492/2011 de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión 21, dispone en su artículo 1.1 que “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”.

IX. Comentario

La dinámica expansiva del Estado intervencionista ha hecho proclive el reclamo de generalizados de prácticas de contratación laboral en diversos ámbitos del sector público (Administraciones Públicas, entes públicos instrumentales y empresas públicas) como los servicios sociales, económicos y culturales –la educación, la salud, servicios sociales, etc.- y de la seguridad –como la apertura de espacios a seguridad privada, la administración penitenciaria, etc.).

Existe un amplio conjunto de sentencias significativas y paradigmáticas del Tribunal Supremo condenatorias y con la aplicación de la doctrina de la calificación de indefinidos no fijos de los trabajadores afectados por el tráfico ilegal^[8]; pronunciamientos judiciales que evidencian un elevado incumplimiento de la normativa laboral por parte de las Administraciones Públicas. Esta jurisprudencia –más allá de su acierto en todos los sentidos- ha tenido una pertinente dimensión creativa, que trata de afrontar por vía de interpretación las deficiencias apreciables en el sistema legal regulador.

Las irregularidades en la contratación laboral (contratación irregular por abuso de derecho y fraude de ley) y los supuestos de cesión ilegal (integrando un supuesto de interposición ilegal en la relación laboral)^[9] han venido planteando la emergencia, primero, y “normalización”, después, de la compleja figura del personal laboral “indefinido no fijo” en las Administraciones Públicas (extendida después a todo el sector público empresarial y funcionarial), que se suma al personal laboral con contrato “indefinido” (“fijo”) propiamente dicho.

El problema práctico tiene su presupuesto en anomalías jurídicas en la contratación de las Administraciones Públicas, tales como el fraude de ley en la contratación temporal, cesiones ilegales de trabajadores, falsos autónomos, etcétera. “Pero la calificación de la naturaleza indefinida no fija de la relación de trabajo concernida no supone la desaparición de los problemas, sino más bien su inicio, dado que esta figura contractual en sí es contradictoria con las categorías generales del ordenamiento laboral y además el régimen jurídico de esta figura no se encuentra bien precisado en el sistema legal, como después se indicará, la jurisprudencia al respecto

viene siendo oscilante y, para colmo la instauración de esta figura contractual no ha disuadido a las Administraciones Públicas actuantes (contratantes) a realizar malas prácticas contractuales o decididamente ilícitas o irregulares”^[10].

El TJUE se ha pronunciado reiteradamente sobre los límites de la contratación laboral y su regularidad. Resultó paradigmáticamente, la STJUE de 13 de marzo de 2014, que aplica la Directiva 1999/70/CE- Acuerdo marco de la CES, UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada a las *Universidades* (aunque en particular respecto de los Profesores asociados a tiempo parcial), incidiendo a la problemática de la sucesión de contratos de trabajo de duración determinada-Cláusula 5, apartado 1- Haciendo referencia a las medidas que tienes por objeto prevenir el recurso abusivo a los contratos de trabajo de duración determinada – concepto de “razones objetivas” que justifican tales contratos –Cláusula 3-; precisando el concepto de “contrato de duración determinada” y concepto de contrato de duración determinada-Diferencia de trabajo entre trabajadores con contrato de trabajo de duración indefinida”.

En todo caso, la falta de una regulación legal más adecuada del personal laboral que presta servicios en la Administración que precisara en concreto su estatuto jurídico, está contribuyendo a la creación de conflictos jurídicos de relevancia. Y es que resulta sorprendente que la EBP/2007 consagrara legalmente esta figura del trabajador indefinido no fijo (de originaria creación jurisprudencial) sin dotarla de un régimen jurídico laboral mínimo, haciendo dejación de su función y encomendando en la práctica a la doctrina judicial y especialmente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y por extensión a la justicia constitucional) la *creación*, oscilante y compleja. Se trataría de un estatuto reforzado que, reclamando la razonabilidad jurídico-social garantista del Derecho del Trabajo clásico, sea efectivamente disuasorio de las prácticas irregulares y de las anomalías en la contratación laboral efectuadas por las Administraciones Públicas con manifiesto incumplimiento de las ordenamiento laboral. Por lo demás, ello viene impuesto expresa y concretamente por la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, que incorpora el Acuerdo Marco CE-UNICE-CEEP sobre el trabajo de duración determinada y su correcta y autorizada interpretación por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 4 de julio de 2006, TJUE 2006, 181, asunto Adeneler, C-212/04, y 7 de septiembre de 2006, TJUE 2006, 224, asunto Cristiano Marrossu y Sardino, C-53/04; las que le siguieron otras muchas citadas en el Auto aquí comentado)^[11]. Ya en sí la misma figura de los indefinidos no fijos resulta controvertida, porque no resuelve correctamente el problema: los trabajadores indefinidos mantienen una posición jurídicamente precaria y marcada por la inseguridad jurídica, su situación es existencialmente conflictiva determinando la “judicialización”. Y es que la figura jurídica del “indefinido no fijo” en las Administraciones Públicas, por actuaciones jurídicamente irregulares de la Administración actuante (artículo 8.2. c) y 11. 1 del EBEP/2007 y del TREBP/2015), constituye en sí una anomalía jurídica que ha tratado de escapar a la lógica específica del Derecho del Trabajo creando una categoría jurídica laboral situada en un espacio vacío de intersección entre el trabajador indefinido y el trabajador temporal.

Ello no obstante, esta figura “legal” del indefinido no fijo” tampoco tiene la virtualidad de disuadir o de persuadir eficazmente a la Administración de las malas prácticas y de la utilización de las fórmulas irregulares de contratación o de cesión ilegal de trabajadores, permitiendo una gran discrecionalidad a la Administración o ente público actuante. Pero en todo caso sería necesario en esto alcanzar un equilibrio justo entre los principios constitucionales aplicables al empleo público, el resarcimiento de perjuicios y la eficiencia y responsabilidad administrativa. Sin embargo, más allá de las necesarias garantías legales de la posición jurídico-laboral de los trabajadores afectados se impone el sentido común de la prevención –más vale prevenir que curar- y, en relación a él, la determinación de un código de buenas prácticas en la contratación de las Administraciones Públicas; un código de buenas prácticas cuyo marco más idóneo de regulación sería la negociación colectiva en el sector público. De este modo, la combinación virtuosa entre garantismo legal/convencional y

responsabilidad jurídica y social contribuir a suprimir o atenuar las anomalías jurídicas de la actuación de la Administración o ente público actuante en lo atinente a la contratación laboral^[12].

Y tras numerosas vicisitudes la 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. 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.

El Tribunal Supremo, en el Auto aquí comentado, defiende la virtualidad disuasoria y la razonabilidad de la categoría del indefinido no fijo, indicando que la figura del indefinido no fijo constituye una respuesta eficaz a los abusos de temporalidad en el sector público y aparece indirectamente respaldada por la jurisprudencia del TJUE. Observa, además, que alguna sentencia del Tribunal de Justicia ha parecido avalarla, de manera más o menos implícita. Igualmente, subrayando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo 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. Y arguye, en esa dirección hermenéutica, que 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. (fjº. 2, apartado 36). Precisamente la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (que convalida el RDL de 14/2021, de 6 de julio), 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. Lo cual deja entrever, bien nítidamente, que las actuales (donde sería posible incluir, de manera implícita y subyacente, a la categoría del trabajador indefinido no fijo) que las medidas de respuesta que se vienen aplicando son cuando menos insatisfactorias e inadecuadas para dar respuesta a ese abuso generalidad de la temporalidad en el sector público.

Con todo, se puede constatar que esta figura del trabajador “indefinido no fijo” ha venido planteando más problemas de los que es capaz de resolver, lo cual se ha agravado, como indiqué desde hace tiempo, por la falta de que el EBP o una normativa de desarrollo posterior de la misma le hubiera dotado de un estatuto iuslaboral regulador. En cualquier caso, siempre existió una contradicción de principio porque el “indefinido no fijo”, no de deja de ser un oxímoron contrario a la lógica jurídica y, ciertamente, ya resulta harto significativo el dato jurídico de que no exista una figura similar en ningún país de la Unión Europea, aunque también se den una variada gama de respuestas jurídicas al problema jurídico-práctico suscitado por las irregularidades cometidas por el empleador público en marco de las relaciones de trabajo. Es desconocida en el mismo Derecho social comunitario.

No se puede desconocer los esfuerzos del Tribunal Supremo para establecer una jurisprudencia que pretende garantía un equilibrio entre las tutelas que ofrecen el Derecho del Trabajo y la regulación del Derecho Administrativo a la luz imperativa de nuestra Constitución. Ahora bien, la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22), que cuenta con otros precedentes, pone en duda la adecuación funcional de la figura del indefinido no fijo para garantizar una respuesta jurídica efectiva a los frecuentes incumplimientos del empleador público, de manera que a su amparo se suscitado la alternativa de declaración de fijeza de los trabajadores afectados por el abuso o fraude de ley en la contratación de personal. Y si la figura del indefinido no fijo no ha conseguido el objeto de disuadir al empleador público de los ilícitos atípicos (abuso de derecho y fraude de ley), habría que buscar una solución distinta que efectivamente sea una medida disuasoria de los mismos. ¿Esa solución alternativa es la conversión automática de los trabajadores afectos en trabajadores fijos pese a los principios ex artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución?^[13] ¿Aportar por una indemnización reforzada a los trabajadores afectados, sin garantizar la fijeza proporcionaría una tutela jurídica adecuada y sería una medida disuasoria frente a los comportamientos ilícitos del empleador público? ¿Con las garantías anudadas al indefinido no fijo –sobre todo a través de la Jurisprudencia- nuestro ordenamiento cumple la cláusula 5ª del Acuerdo Marco en el sector público?

Ciertamente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 ha puesto de manifiesto que el Derecho español no respeta la Directiva 1999/70 sobre trabajo de duración determinada porque, pese a los avances de la reforma de 2021, ni tiene mecanismos eficaces para la prevención del abuso de la temporalidad ni contempla como compensación vías adecuadas de sanción del abuso en cuestión^[14]. No menos verdad resulta que el imperativo categórico del artículo 103.3 CE exige que la ley regule “el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”, previsión extendida a todo el empleo público (indefinido o temporal) por el TREBEP y refrendada por el RD-Ley 6/2023. Por tal razón, la inestabilidad y las aporías que acompañan a la figura de los indefinidos no fijos (figurar que habrá que superar a fuerza de ser redefinida jurisprudencialmente tras sus continuas controversias y fracasos) no puede venir acompañada en el Derecho español, como regla general, de la transformación o conversión automática en una relación de servicio permanente.

Como ha advertido, “los órganos judiciales nacionales no pueden por sí mismos aplicar una solución frente al abuso de la temporalidad que, al amparo de una cláusula genérica como la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, contradiga la legislación nacional y las normas constitucionales, más aún cuando afecta a derechos fundamentales de los ciudadanos y a los pilares básicos de nuestro Estado de Derecho”^[15]. De ahí que sea pertinente conseguir, a través de la oportuna intervención urgente del legislador, que pueda conjugarse adecuadamente el efecto útil de la mencionada Directiva 1999/70 con el aseguramiento de los aludidos parámetros constitucionales, sin perjuicio de las reparaciones *uti singuli*, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de aquellos casos concretos donde la extensión de la temporalidad durante varias décadas desborda cualquier lógica o regla de sentido común^[16].

Se han planteado soluciones muy distintas tanto en el ámbito judicial^[17] como a nivel de la doctrina científica^[18]. La solución que pudiera ser factible, aparte de la prevención de las conductas antijurídicas (medida primaria presupuesta), como es lo más deseable (prevenir antes que curar-reparar, conforme al principio de prevención)^[19], pasa por hacer desaparecer la figura del indefinido no fijo, figura siempre objeto de controversia y desautorizada reiteradamente por el TJUE en su interpretación en unificación por el Tribunal Supremo (el cual, no se olvide, que se encuentra también ante un marco legal insuficiente en el tratamiento de esta nueva figura); una vez declarado judicialmente el abuso o fraude de ley,

(a) sería estrictamente necesario abrir un proceso inmediato de estabilización a través un concurso abierto que respete los principios constitucionales de mérito y capacidad, pero que reconozca cierta reserva o mérito adicional específico a los trabajados por el motivo justificado de que han sido objeto de abuso o fraude^[20];

(b) establecer en favor del trabajador afectado el abuso de la temporalidad indemnizaciones reforzadas de resarcimiento de los daños y perjuicios causados más allá de la cuantía que corresponde al despido improcedente en nuestro Derecho positivo (cuya cuantía no parece excesivamente disuasoria); y, asimismo,

(c) imponer responsabilidades sancionadoras a las autoridades responsables y actuantes (sanciones administrativas pecuniarias civiles por daños causados a la Administración y ente público y también de carácter profesional^[21]). Todo ello sin perjuicio de la propia responsabilidad patrimonial de la Administración o del ente público del sector público concernido (principal o subsidiaria, según las circunstancias de producción del ilícito atípico).

(d) la solución no reside en la conversión automática e “ipso iure” de los trabajadores indefinidos no fijos en trabajadores fijos de plantilla, porque ello entrañaría una vulneración de los principios constitucionales de acceso al empleo público. En este extremo sobre la fijeza automática no puede ser resuelto a través de una interpretación conforme de la Constitución con el ordenamiento jurídico comunitario, pues la normativa constitucional al respecto no parece susceptible para que pueda llevarse a cabo esa interpretación conforme de fijeza anudada al ilícito atípico sin vulnerarla. Una solución hermenéutica –que sería contraria a los artículos 28.2 y 103.3 CE- de ese calibre exigiría una previa reforma constitucional, y entretanto requería un pronunciamiento expreso de nuestro propio Tribunal Constitucional, sobre si existe o no esa contradicción (que ciertamente para obvia, al estar explícitamente consagrados en los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público por mandato de los artículos 23.2 y 103.3 de la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico, como expresa el artículo 9.1 CE: supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico por ella mismo construido en sus bases constitutivas fundamentales). Entiendo que no cabe establecer normas de excepción para la alcanzar la fijeza automática de los trabajadores indefinidos de larga duración. Además, teniendo en cuenta que la problemática práctica no se ha resuelto y siempre, en alguna medida, habrá supuestos de abuso o fraude en la contratación laboral (como los puede haber, por cierto en acceso del personal funcional): las Administraciones públicas y los entes públicos instrumentales continúan incurriendo en las anomalías jurídicas, por lo que la excepción se convertiría una regla normalizadora capaz de vulnerar “sine die” los principios constitucionales sin reforma/revisión de la Constitución, los cuales, por otra parte, considero que son razonables y exigibles en el acceso a un empleo dentro del sector público. Hace notar el propio Tribunal Supremo que la consecuencia de calificar como fijo a todo el personal laboral que ostente la condición de indefinido no fijo, supondría eximir a la Administración pública de la obligación convocar los procesos selectivos de cobertura de las plazas 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. Pero la situación normativa y jurisprudencial debe ser renovada estableciendo

nuevas medidas realmente disuasorias para evitar no sólo incumplir con la Directiva 1999/79/CE (finalidad importante en sí misma), sino también con las exigencias de tutela efectiva frente al abuso de derecho y el fraude que impone el derecho social al trabajo, que también tiene relevancia constitucional a través de las garantías que conforman el contenido esencial del derecho al trabajo, que incorpora el principio de estabilidad en el empleo (artículo 35.1, en relación con el artículo 53.1^[22], y ambos interpretados conforme al canon hermenéutico consagrado en el grupo normativo formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de nuestra Norma Fundamental).

Sin estas responsabilidades reforzadas e individualizadas no habrá verdadero efecto disuasorio de la posible (y, desgraciadamente, frecuente) comisión de conductas del empleador público reconducibles a ilícitos atípicos, como el abuso y el fraude en la contratación laboral. La conversión automática de trabajadores fijos puede plantear serios problemas constitucionales señaladamente cuando se trata de las Administraciones Públicas, más intensamente concernidas (aunque, desde luego, no exclusivamente en ámbito del sector público) por el mandato constitucional ex artículos 23.2 y 103.3 CE.

Ante esta situación jurídica de máxima gravedad, *corresponde al legislador* actuar y establecer medidas adecuadas que hagan compatible nuestro ordenamiento jurídico con el Derecho Social de la Unión Europea. Medidas que deberían de ir más allá de la fracasada categoría de personal laboral calificada como “indefinido no fijo”.

Por último, no está demás realzar que en los supuestos de sucesión de empresa en que involucre a las Administraciones Públicas o a Empresas públicas *ni siquiera puede entrar en luego la controvertida figura del indefinido no fijo*, como he reiterado en diversas ocasiones. En estos supuestos por sí mismos no hay ninguna anomalía jurídica o ilícito atípico (abuso de derecho, fraude de ley o desviación de poder), sino un tráfico jurídico plenamente normalizado y regulado por el Derecho del Trabajo en consonancia con el Derecho Administrativo. Es manifiesto que la interpretación no puede ser otra que la necesaria aplicación de esta Directiva comunitaria 23/2001/CE (en virtud del principio de primacía del Derecho Social de la Unión Europea) y su normativa de transposición en el Derecho interno (básicamente, artículo 44 ET, eje del sistema normativo interno), considerando a los trabajadores afectados como “*personal laboral subrogado*”. La introducción de la lógica laboral de la sucesión legal del empleador se impone coherentemente en el artículo 130.3 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. Ese personal laboral subrogado se atiene a la lógica de las vicisitudes transmisivas de los servicios o actividades de titularidad pública a las que están adscritos (paradigmáticamente, son los supuestos de externalización de servicios o actividades, después de un previo proceso de reversión o re-municipalización de los mismos)^[23].

X. Apunte final

Se trata de determinar, en términos simplificados, si el cumplimiento 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 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 cuestión prejudicial ante las dudas suscitadas por el Tribunal Supremo.

Es incierta el criterio que adoptará el Tribunal de Justicia de la UE, pero algo parece seguro: que la categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo, no ha conseguido satisfactoriamente los fines para los que fue creada jurisprudencialmente y después reconocida por ley. Se ha producido un agotamiento y, en gran medida, un fracaso de la misma. Del cual no está exento el silencio del legislador sobre su régimen jurídico aplicable, que hubiera sido lo pertinente en la lógica del garantismo

jurídico sobre cuya base está construido nuestro ordenamiento jurídico. Lamentablemente esta categoría laboral del “indefinido no fijo” (que ofrecía la promesa de una “fórmula mágica” de la ciencia jurídica, por decirlo en la expresiva terminología utilizada por Rudolf Wiethölter^[24]) parece haber creado más problemas y controversias jurídicas de las soluciones idóneas que pretendía resolver. Aquí, el “*fiel de la balanza*” se inclina en la ya dilatada experiencia jurídica de su existencia (en el sistema legal y en el “derecho vivo judicial”, donde nació ante un problema real necesitado de soluciones jurídicas adecuadas a la función de hacer frente a las irregularidades cometidas por las Administraciones públicas y por entes públicos instrumentales) más decididamente hacia los aspectos negativos que a los aspectos positivos que podría ofrecer. Cuando una institución o categoría jurídica no funciona –es decir, se ha hecho, en otras palabras, disfuncional para el sistema jurídico en que se inserta-, después de los denodados esfuerzos de la doctrina jurisprudencial y de la doctrina científica, cabría pensar reflexiva y prudentemente en hacerla desaparecer del ordenamiento jurídico tal y como ha sido configurada hasta el momento, y buscar otras soluciones más adecuadas articulando nuevas categorías y medidas jurídicas que materialicen satisfactoriamente los fines de política del Derecho perseguidos. Desde luego, no sería la primera vez que esto ha sucedido con instituciones y categorías jurídicas que un día fueron relevantes, incluso útiles, pero devenidas, al tiempo, en disfuncionales para alcanzar correctamente los fines queridos por el orden jurídico.

Todo ello en espera de la pertinente respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el Auto, aquí objeto de comentario, en relación con el abuso de la contratación temporal en el empleo público y los problemas derivados de la aplicación de la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asunto C-59/22).

Referencias:

1. [^] *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP; originariamente, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público).*
2. [^] *Conforme al artículo 11 (“Personal laboral”): “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 éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. 2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2. 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”.*
3. [^] *Véase artículo 61.7 EBEP, conforme al cual “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”.*
4. [^] *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, artículos 8.2.c) y 11.1.*

5. [^] Artículos 8.2.c) y 11.1. En el apartado 11.3 se establece “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”. Apartado 3 añadido por el artículo 1.2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre.
6. [^] 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. Esta Directiva tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, que figura en el anexo, celebrado el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES). Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (cláusula 5): 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”.
7. [^] Véase el comentario de esta STJUE, realizado por CASAS BAAMONDE, M.E.: “Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 2, 2024. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2024-00000002634. Esta sentencia permitiría que los jueces y tribunales españoles conviertan los contratos temporales indefinidos en fijos ante la falta de medidas alternativas efectiva en nuestro ordenamiento para prevenir y sancionar adecuadamente la temporalidad sucesiva y abusiva, alternando la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa de los principios constitucionales y legales de acceso al empleo público (principios de igualdad, mérito y capacidad ex artículos 23 y 103.3 CE) si esa interpretación fuese incompatible con los objetivos de la Directiva comunitaria.
8. [^] STS de 18 de diciembre de 2012, condena a la Junta de Andalucía a convertir a diez trabajadores temporales de EPSA (Empresa Pública del Suelto) en indefinidos. STS de 6 de mayo 1992 (RJ/1992/3516). Contratos temporales concertados por el INSALUD. Fraude de Ley: Efectos. (fjº. 8º); STS de 24 de junio de 2014 (RC 217/2013), STS de 17 de febrero de 2014 (RC 142/2013), y otras muchas citadas anteriormente.
9. [^] Conforme al artículo 43.2 del ET, en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores “cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios

entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerzan las funciones inherentes a su condición de empresario". Por su parte, el apartado 3 y 4 del artículo 43 del ET, delimita las consecuencias iuslaborales de esa declaración judicial de cesión ilegal, indicando, en primer lugar, que los empresarios, cedente y cesionario, que intervenga en la interposición ilegal responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos". En segundo lugar, estableciendo que los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computa desde el inicio de la cesión ilegal (véase la STC 196/2000, de 24 de julio, BOE de 24 de agosto, y aplicando esta norma respecto a la Administración Pública, STS de 9 de diciembre de 2009, RJ 2009/5928).

10. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: "Aspectos laboral de la interconexión entre administraciones públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia", en *Revista de Derecho Social*, núm. 67, pp. 13-44, en particular p. 18. La bibliografía sobre esta problemática es inmensa con importantes contribuciones. A título meramente ilustrativo, y con referencia más singular a la categoría del personal laboral indefinido no fijo pueden citarse las siguientes monografías: CASTILLO BLANCO, F.A., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos administrativos y laborales*, Granada, Comares, 2015; CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Murcia, Laborum, 2018; BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Murcia, Laborum, 2022; VILLALOBOS SÁNCHEZ, E.: *Fraude de Ley en las relaciones laborales de las Administraciones públicas y la figura del trabajador indefinido no fijo*, Murcia, Laborum, 2023; VIDA FERNÁNDEZ, R.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Tesis Doctoral, dirigida por J.L. Monereo Pérez, Granada, Universidad de Granada, 10 de febrero de 2017. <https://produccioncientifica.ugr.es/documentos/5f7e675e2999520bf971f361>
11. ^ Basta reparar –y dando por reproducido aquí todo el texto del Acuerdo en las "Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (Cláusula 5)" del Acuerdo Marco, a cuyo tenor: "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 e tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración

- determina; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”. Todo ello partiendo de la premisa de que la partes sociales firmantes del Acuerdo Marco “reconocen que los contratos de duración determinada son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores. También reconocen que los contratos de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores” (Preámbulo del Acuerdo Marco). Importa retener esta doctrina por ella incumbe a todos los poderes públicos nacionales, tanto al legislador como a los órganos judiciales en su respectiva labor garantista de los derechos laborales.
12. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre administraciones públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 67, 2014, pp. 13-44, en particular pp. 27-28.
 13. ^ Principios que, como no podía ser de otro modo, asume el artículo 55 (“Principios rectores”) del TREBEP de 2015.
 14. ^ VIVERO SERRANO, J.B.: “La temporalidad abusiva en el sector público ante el TJUE ¿y ahora qué?”, *Diario La Ley*, núm. 10463, 2024.
 15. ^ DESDENTADO DAROCA, E.: “Reflexiones críticas tras la STJUE, de 22 de febrero de 2024. El indefinido no fijo ya no sirve, pero la conversión en fijo no es posible. ¿Qué hacemos?”, *El Foro de Labos*, 07/05/2024, <https://www.elforodelabos.es/2024/05/reflexiones-criticas-tras-la-stjue-de-22-de-febrero-de-2024-el-indefinido-no-fijo-ya-no-sirve-pero-la-conversion-a-fijo-no-es-posible-que-hacemos/>
 16. ^ Véase MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 13-34, en particular p. 34, y la bibliografía allí citada. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/987/1210>
 17. ^ El propio Auto del Tribunal Supremo, aquí comentado deja constancia en su Fundamento Jurídico 2º, apartado 33, de que 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. Añadiendo en el apartado 34, que 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 este figura en la jurisprudencia nacional
 18. ^ Una aproximación selectiva de algunas –pues no hace referencia a otras posiciones doctrinales que se pronunciado sobre estas cuestiones- de estas posiciones puede localizarse en el siempre útil Blog de ROJO TORRECILLA, E.: “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/03/estamos-de-acuerdo-en-que-no-hay.html>. El ATS, aquí comentado hace referencia también al estado actual

- de la doctrina judicial y especialmente de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.
19. [^] La cláusula 5 del Acuerdo Marco, titulada «Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva», subraya la idea fuerza que inspira el compromiso jurídico que se impone a los Estados Miembros. En efecto en ella se dispone que: «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.».
20. [^] Porque de lo contrario (teniendo en cuenta que el "indefinido no fijo" se traduce en praxis jurídica en un "temporal indefinido", lo que contradice la Cláusula 3ª.1 del Acuerdo Marco) "la utilización sucesiva de contratos o de las relaciones laborales de duración determinada" vulneraría frontalmente la prohibición establecida en la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. En el encaje del "indefinido no fijo" de larga duración es patente. De manera que por sí misma la figura del indefinido no fijo no resulta una respuesta ante los incumplimientos del empleador público, siendo necesario establecer medidas adecuadas para garantizar que nuestra legislación se acomode al Derecho Social de la Unión.
21. [^] Véase Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Título VII ("Régimen disciplinario").
22. [^] Conforme al artículo 53. 1 de la Constitución, "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)". La referencia a la obligación de respetar el contenido esencial ya de por sí supone, por cierto, que el derecho al trabajo no puede ser un derecho de estricta configuración legal, pues ese contenido esencial impone al legislador condicionamientos constitucionales que limita el margen de discrecionalidad en el desarrollo de las previsiones constitucionales. Si se atiende a la Carta Social Europea revisada aplicable como tratado internacional ratificado por la vía prevista ex artículo 96 CE, y concernida por el canon de interpretación imperativo del artículo 10.2 CE, el cual reclama para establecer buena parte del contenido esencial de ese derecho, por ejemplo, el tenor del artículo 1 ("Derecho al trabajo"), a cuyo tenor: "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen: 1. a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno

- empleo; 2. a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido; 3. a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores; 4. a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas". Por su parte, el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada, reconoce el "Derecho a protección en caso de despido".
23. [^] En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: "Revisión de servicios públicos y sucesión legal en las relaciones laborales", en VV.AA.: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, GÁRATE CASTRO, F.J., y MANEIRO VÁZQUEZ (Dirs.), MIRANDO BOTO, J.M., y GIL OTERO, L. (Coords.), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, pp. 147-158; Monereo Pérez, J.L. (2018): "Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos", en VV.AA., *El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italiano y español*, Monereo Pérez, J.L., González de Patto, R. M., Vida Fernández, R., Spinelli (Dirs. y Coords.), Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 323 ss., en particular, p. 344; MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Incertidumbres sobre la controvertida categoría jurídica del trabajador indefinido no fijo en el sector público a la luz de los últimos pronunciamientos judiciales». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 11 (2024): 13-34. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/987/1210>
24. [^] WIETHÖLTER, R.: *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, Madrid, EDESA, 1991.