

Contrato de interinidad por vacante de más de tres años de duración: su calificación como “indefinido no fijo” (y no como “fijo”).

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *La prolongación de un contrato de interinidad por vacante más allá del plazo de tres años provoca la calificación del vínculo como “indefinido no fijo” y no como “fijo”, pues la situación de fijeza ha de alcanzarse respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución. De lo contrario, se podría hacer de mejor derecho a quien obtiene la estabilidad como consecuencia de un reclutamiento irregular frente al que accede al empleo público mediante los procesos reglamentarios de selección.*

Palabras clave: *Contrato de interinidad por vacante. Indefinido no fijo. Fijo. Mérito y capacidad.*

Abstract: *The extension of an interim contract due to a vacancy beyond the three-year period leads to the classification of the relationship as ‘indefinite non-fixed-term’ and not as ‘permanent’. The situation of permanence must be achieved in accordance with the principles of equality, merit and ability set out in articles 23.2 and 103.3 of the Constitution. Otherwise, the person who obtains stability as a result of irregular recruitment could be given a better right than the person who gains access to public employment through the statutory selection processes.*

Keywords: *Interim contract due to vacancy. Open-ended contract. Fixed-term contract. Merit and ability.*

I. Introducción

Resulta sencillo constatar que en las últimas décadas las Administraciones Públicas han preferido contar con la herramienta de una importante bolsa de incorporación de efectivos a término, frente a otros procedimientos, siempre más complejos de articular (tal y como sucede con el reclutamiento de personal laboral estable). Este proceder ha dado lugar en múltiples ocasiones a relaciones decididamente anómalas amparadas en el fraude de ley, máxime cuando los vínculos se prolongan notablemente en el tiempo o se encabalgan sucesivamente. Las consecuencias reparadoras a tales abusos han dado pie a un abundantísimo corpus de doctrina judicial que da muestras de un desajuste disfuncional entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral, pues, de aplicar el ordenamiento social en toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a

salvo los citados parámetros constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del empleador infractor.

La solución no ha sido fácil, y así lo muestra una evolución, que tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas objetivas de selección) e indefinidos no fijos (convertidos en tales precisamente por irregularidades), quedando obligada la Administración a adoptar las medidas precisas para la cobertura definitiva de la plaza o para su amortización, causas lícitas de extinción del contrato. De este modo, el contrato pasa a ser indefinido, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de estabilidad en la plantilla porque ello no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 317/2024, 10 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 797/2021.

ECLI:ES:TSJM:2024:2796

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. Fernando Muñoz Esteban.

Votos Particulares: dos; uno, formulado por el magistrado D. Rafael Antonio López Parada, al que se adhieren las magistradas Dña. María Aurora de la Cueva Aleu, Dña. Virginia García Alarcón y D^a Alicia Catalá Pellón y el magistrado D. José Luis Asenjo Pinilla; otro, presentado por el Magistrado D. José Manuel Yuste Moreno

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El pronunciamiento objeto de comentario resuelve un recurso de suplicación planteado frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de Madrid, de 19 de abril de 2021, en la que se recogen como hechos probados los siguientes: la trabajadora demandante venía prestando servicios para la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, encadenando varios contratos temporales de interinidad desde el 21 de diciembre de 1998 y sin solución de continuidad desde el 29 de noviembre de 2010, siempre con la misma categoría de educadora y realizando las mismas funciones laborales. Desde el 1 de agosto de 2016 ocupa un contrato de interinidad por vacante. Dicha trabajadora solicita el reconocimiento de la condición de fija o, subsidiariamente, de indefinida no fija.

La mencionada sentencia del Juzgado de lo Social desestima la demanda con los dos fundamentos siguientes:

1) La legalidad de los primeros contratos suscritos con la trabajadora ya ha sido declarada por sentencia firme, siendo por ello cosa juzgada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 26 de abril de 2019, que considera que: “en primer lugar, y partiendo de la contratación iniciada en el año 2010, los contratos son cinco todos ellos amparados en causa legal: los cuatro primeros por sustitución de trabajadores y el último de 2016, vinculado a la cobertura del primer concurso de traslado. En segundo término, de su propio objeto se observa que no se trata de necesidades permanentes de la Administración: sustitución de trabajador en i.t. y con licencia sin sueldo, esto es, con reserva de puesto de trabajo y, en cuanto al último, de interinidad por vacante. Respecto a este, a la fecha del enjuiciamiento han transcurrido dos años desde su celebración sin haberse superado el plazo de tres años que establece el art. 70.1 del EBEP”. En esta tesitura, “aun cuando hay una sucesión de

contratos temporales, el objeto de las respectivas contrataciones evidencia la ausencia del requisito de necesaria concurrencia: atención de una necesidad permanente cubierta indebidamente por contratación temporal. Ausente esta condición no puede apreciarse el fraude por más que se haya utilizado la contratación temporal”.

2) Lo único que ha de decidirse es si el contrato de trabajo actual, de interinidad por vacante, de fecha 1 de agosto de 2016, incurre en fraude de ley por haberse mantenido más allá del plazo de tres años, lo que se viene a negar con base en la doctrina que en aquel momento venía aplicado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, según la cual el contrato de interinidad por vacante no estaba sujeto a ningún plazo concreto de duración máxima, sin que fuera aplicable el lapso temporal de tres años fijado en el art. 70 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el (EBEP), para ejecutar las ofertas públicas de empleo.

A la vista de tal pronunciamiento de instancia, para resolver sobre el fondo del único motivo del recurso de suplicación y teniendo en cuenta que la pretensión principal era el reconocimiento de la trabajadora como fija y solamente subsidiariamente como indefinida no fija, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera necesario resolver dudas relevantes sobre la aplicación del Derecho de la Unión, en concreto sobre la interpretación de la cláusula quinta del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en interpretación y aplicación de la misma. Por ello, elevó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido resuelta por este Tribunal, tras su acumulación con otras dos cuestiones elevadas por la misma Sala sobre idéntica norma, en sentencia dictada el 22 de febrero de 2024.

IV. Posición de las partes

La demandante solicita, como pretensión principal, la declaración de su relación laboral como fija y, subsidiariamente, como indefinida no fija, aduciendo que ha venido prestando sus servicios para la demanda sin solución de continuidad desde el 29 de noviembre de 2010 a través de diferentes contratos temporales de interinidad. En concreto, el contrato de interinidad para la cobertura de vacante suscrito el 31 de julio de 2016 debe entenderse celebrado en fraude de ley, dado que supera ampliamente el plazo de duración de tres años, establecido en el art. 70 EBEP, máxime cuando desde el año 2000 la entidad empleadora no había aprobado ninguna oferta de empleo público ni convocado ninguna vacante. Fundamenta su pretensión en la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70/CE y en la jurisprudencia comunitaria, mencionando expresamente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020 en los asuntos acumulados C-103/18, Sánchez Ruiz y C-429/18 Fernández Álvarez y otras/ Servicio madrileño de Salud (SERMAS). Indica que para disuadir a la Administración de volver a cometer las irregularidades en la contratación habría que establecer una indemnización que fuera lo suficientemente eficaz y disuasoria, y que además protegiera debidamente al empleado público, que alcanzaría una cifra tan elevada que difícilmente podría ser satisfecha por la Administración, y por lo tanto, la única solución que cumple con las condiciones que establece la Justicia europea es la declaración de la relación como indefinida. Subsidiariamente pide, como ya consta, la declaración de la relación laboral como indefinida no fija.

La Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid alega la ausencia de irregularidad en el contrato de interinidad, refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo vigente (anterior a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, C-726/19, asunto IMIDRA), según la cual el plazo de tres años del art. 70 EBEP no era aplicable como límite de duración máxima de los contratos de interinidad por vacante.

V. Normativa aplicable al caso

Dos preceptos confluyen en el enjuiciamiento del presente supuesto:

--La cláusula 5 del anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en virtud de la cual "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".

--El art. 70.1 EBEP conforme al cual: "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".

VI. Doctrina básica

El Tribunal Superior de Justicia señala que la contratación de interinidad por vacante que se extiende durante más de tres años debe considerarse como "indefinida no fija" (y no como "fija"), pues la situación de fijeza "ha de hacerse respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE, dado que de lo contrario se podría hacer de mejor derecho a quien obtiene la fijeza por esta vía frente al que accede tal situación mediante los procesos de selección correspondientes".

VII. Parte dispositiva

Se estima la petición de la actora efectuada con carácter subsidiario, declarando el carácter indefinido no fijo de la relación laboral (contrato de interinidad por vacante de más de tres años de duración) con una antigüedad desde el 29 de noviembre de 2010, revocando la sentencia de instancia sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

En aras a dilucidar la naturaleza jurídica de la relación laboral de la actora ("fija" o "indefinida no fija"), el Tribunal Superior de Justicia de Madrid realiza el siguiente razonamiento:

1.-En relación con la petición principal, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid señala que, en una primera aproximación, podría pensarse que tal medida (la consideración del vínculo como fijo) podría ser la conclusión pertinente siguiendo lo apuntado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024, ya que en ella se dice que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, "los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida". Es más, esta Sentencia añade que "corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5". Ahora bien, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid da un paso más para aclarar que un análisis reposado de dicha Sentencia de 22 de febrero de 2024 muestra que no se

impone en ningún caso como medida pertinente que se acuerde la fijeza ya que se dice simplemente que "la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida". En consecuencia, la respuesta a esta petición de la actora es negativa. Y ello porque, a juicio mayoritario del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, correspondiendo al juzgador únicamente la función de aplicar el derecho (y no la de crearlo), no existe amparo legal para reconocer a la demandante la condición de fija de plantilla, pese a que resulte totalmente inadmisibile que después de tantos años de prestación de servicios siga teniendo un contrato que sería de naturaleza temporal.

Así, según la consideración mayoritaria del Tribunal Superior de Justicia, en el supuesto de autos concurre un insalvable obstáculo para la atribución de la condición de fijeza, a saber: "el acceso a la situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE", por lo que se rechaza esta primera petición de la demandante, dado que de lo contrario se podría hacer de mejor derecho a quien obtiene la fijeza por esta vía frente al que accede a tal situación mediante los procesos de selección correspondientes. Cuestión distinta sería que la trabajadora que demanda esa relación laboral fija hubiera participado en el proceso de selección oportuno y lo hubiera superado aprobando la convocatoria aunque sin obtener plaza, pues en tal caso ese óbice desaparecería y no existiría impedimento alguno para que, incluso sin haber prestado servicios durante un período de tiempo tan inusitadamente largo (con lo que podría servir el de 5, 6 ó 7 años, según las circunstancias), obtuviera la fijeza pretendida, pero esta circunstancia no concurren en el caso analizado.

2.- Por lo que se refiere a la petición subsidiaria, esto es, la consideración de la relación como "indefinida no fija", la posición mayoritaria del Tribunal Superior de Justicia considera que procede declarar tal cualidad, pues, habiendo venido prestando sus servicios para la demandada desde el 29 de noviembre de 2010 hasta la actualidad a través de diferentes contratos de interinidad, el contrato de interinidad por vacante celebrado el 31 de julio de 2016 se encuentra en fraude de ley, al haber excedido el plazo de tres años legalmente establecido sin que la empleadora haya realizado ningún proceso de promoción o selección para la cobertura definitiva de la plaza (art. 70 EBEP). El Tribunal Superior de Justicia de Madrid apoya su razonamiento en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2021 (Rec. 3263/2019), en virtud de la cual "...aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos del art. 4.1 y 2.b RD 2720/1998, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo".

3.- La sentencia de instancia había considerado concurrente la excepción de cosa juzgada como consecuencia de la sentencia firme de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2019. El pronunciamiento ahora comentado considera, sin embargo, que no concurre "cosa juzgada", pues lo que la actora pide con carácter principal es que se declare que su contrato tiene carácter indefinido o, subsidiariamente, indefinido no fijo, alegando al efecto que el contrato de interinidad de fecha 31 de julio de 2016 incurre en fraude de ley al haber superado los tres años de duración previstos en el artículo 70 del EBEP, por lo que resulta indudable que no procede la aplicación de la excepción mencionada al ser distinto el objeto procesal (constituido, doblemente, por lo que se pide y por la causa por la que se pide), máxime

si se tiene en cuenta que concurren acontecimientos posteriores que integran una causa de pedir diversa a la que había en el proceso anterior, en tanto en cuanto la situación de la demandante se ha prolongado en el tiempo abarcando un período más amplio que el contemplado en la sentencia de 26 de abril de 2019, con lo que el supuesto de hecho habría cambiado; y por otro lado se ha de tener en cuenta que la actora basa su pretensión además en la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70/CE, debiendo interpretarse la misma conforme a la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en concreto la de 22 de febrero 2024, bien entendido que, dada la naturaleza del derecho de la Unión, que se caracteriza por ser de aplicación directa y preferente, se ha de seguir en todo caso el criterio establecido por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, que es vinculante para los juzgados y tribunales.

Frente a tales consideraciones mayoritarias, el voto particular formulado por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Antonio López Parada, al que se adhieren las magistradas Dña. María Aurora de la Cueva Aleu, Dña. Virginia García Alarcón y D^a Alicia Catalá Pellón y el magistrado D. José Luis Asenjo Pinilla, llega a las siguientes conclusiones: a) no consta que se haya exigido responsabilidad alguna a ninguno de los directivos o encargados de la contratación por razón de la permanencia de la trabajadora temporal en su situación durante un tiempo anormalmente largo, ni que se haya adoptado ninguna otra medida análoga y suficientemente disuasoria; b) no consta actuación alguna de la Inspección de Trabajo, imposición de sanción o exigencia de responsabilidad. c) no consta que se haya convocado un procedimiento de cobertura de la plaza; y d) no existiendo otras medidas adecuadas para sancionar el incumplimiento, procedería haber declarado la fijeza plena de la trabajadora.

Por su parte, el voto particular formulado por el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Manuel Yuste Moreno matiza la argumentación sobre la concurrencia de cosa juzgada, la cual impediría entrar a conocer sobre lo que ya ha sido juzgado, máxime cuando las partes son las mismas, la cuestión controvertida -el objeto de la pretensión- es idéntica ya que en su correspondiente litigio precedente se pedía una relación laboral indefinida a todos los efectos de fijeza, aunque solo se reconociese una relación laboral indefinida no fija, y en el litigio actual se reitera la petición de la naturaleza de la relación laboral como fija respecto del mismo vínculo, con el mismo contrato, y se pide lo mismo que no es sino la declaración de fijeza de la relación laboral. Incluso el entorno jurídico normativo es el mismo, habiendo cambiado solamente la jurisprudencia en su forma de abordar las cuestiones implicadas, pero los cambios de jurisprudencia no anulan ni pueden dejar sin efecto lo acordado en pleitos anteriores. Además, entrando en el fondo, considera que teniendo en cuenta que, en la interpretación del derecho interno, los órganos judiciales nacionales están obligados a garantizar el resultado perseguido por el Derecho de la Unión, entre cuyos principios se encuentra el de evitar el abuso en la contratación temporal, la valoración de la legalidad del contrato de interinidad debe tener en cuenta, además de los aspectos técnico jurídicos, la situación del trabajador interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la Administración como entidad contratante. A la luz de este razonamiento, no cabe duda, para este voto particular, de la existencia del exceso en el tiempo de la contratación temporal y la consiguiente declaración de fraude de ley, circunstancia de la que podría derivar, si así lo dispusiera el legislador como medidas lógicas y disuasorias, la declaración de indefinida de una relación formalmente temporal y su sometimiento al régimen común de la extinción de los contratos de trabajo. Ahora bien, "la consecuencia de la declaración de una relación laboral indefinida por fraude en la contratación temporal, en el ámbito de las Administraciones Públicas, será la de acceder a la condición de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas sin haberse sometido a los procedimientos de selección del personal laboral públicos y conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente previstos... (Ello) solo es posible por voluntad legal que, seguramente, impondría una alteración constitucional o una interpretación muy avanzada de la misma, lo cual tampoco es necesario a efectos del cumplimiento de la Directiva 1999/70, específicamente su cláusula 5, ya que es el Estado nacional el que

ha de adoptar las medidas adecuadas para evitar los abusos de la Administración Pública en la contratación temporal”.

IX. Comentario

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, cuyo fin último radica en la aplicación de medidas efectivas de protección de los trabajadores que han sido sometidos a una utilización abusiva de contratos de duración determinada con objeto de sancionar debidamente dicho abuso, recoge dos pautas nucleares: de un lado, la cláusula 4 establece el principio de no discriminación de los trabajadores con contrato a término respecto de los trabajadores indefinidos comparables como principio general del Derecho de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva; de otro, la cláusula 5 impone a los Estados miembros el propósito de evitar contratos temporales sucesivos, debiendo incluir en sus ordenamientos disposiciones que prevengan y sancionen dicha renovación sucesiva abusiva, si bien contando con un margen de discreción en cuanto a las medidas preventivas y represivas a establecer dentro del límite del principio de efectividad.

Bajo tal paraguas, el 14 de septiembre de 2016 el Tribunal Europeo dio un paso decisivo considerando discriminatoria la falta de indemnización por la terminación de un contrato laboral de interinidad en una Sentencia, de gran impacto mediático (asunto *De Diego Porras*), en la que proporcionó respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con ocasión de un conflicto planteado por una trabajadora que prestaba servicios como interina desde febrero de 2003 en el Ministerio de Defensa, con sucesivos contratos, el último durante 7 años. A dicha empleada se le comunica la extinción de su vínculo contractual con efectos de 30 de septiembre de 2012 al producirse la reincorporación de la persona titular del puesto de trabajo que se encontraba en situación de excedencia por desempeñar un cargo de representante sindical finalizado tras la aprobación del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de junio, que, por lo que aquí importa, provoca la revocación de la dispensa de trabajo de la trabajadora sustituida.

Tras comprobar que efectivamente la recurrente en el litigio principal se hallaba en una “situación comparable” a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por el mismo empleador durante el mismo período de tiempo –realizaba, por tanto, “un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo”--, el Tribunal sienta doctrina sobre la existencia de una distinción de trato entre los trabajadores interinos y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de estos últimos, los primeros no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados. En definitiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, analizando la normativa española interna constata su oposición a la Directiva 1999/70, pues deniega cualquier cuantía por finalización de contrato al trabajador interino por reincorporación del sustituido, mientras permite la concesión de indemnización a los trabajadores fijos comparables, de modo que “el mero hecho de haber prestado servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización” bajo la justificación de no encarecer costes [art. 49.1 c) TRET]. Por ende, es contrario al ordenamiento de la Unión Europea denegar cualquier indemnización a los interinos, llegando a identificar las causas previstas en el art. 49.1 c) con las del art. 52 TRET, de manera tal que aquéllas se podrían o deberían incluir en el listado de este último precepto.

No obstante –y como motivo de preocupación adicional en cuanto a la seguridad jurídica hace--, procede reseñar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea volvió a pronunciarse, en Gran Sala, el 5 de junio de 2018, en los asuntos *Montero Mateos* (C-677/16) y *Grupo Norte Facility* (C-574/16), cambiando el criterio al entender justificada la diferencia sobre la existencia y cuantía de la indemnización según que la modalidad contractual sea de duración determinada o indefinida. Acoge como postulado para llegar a esta conclusión el factor de “previsibilidad” o “certeza” en

cuanto a la finalización de cualquier contrato temporal, circunstancia que no concurre en los contratos de duración indefinida, en los que la extinción debe producirse por una causa no prevista al iniciarse la prestación laboral y que puede ser tanto de índole objetiva como disciplinaria. De esta previsibilidad o no de la causa extintiva deriva, además, otra consecuencia: en el supuesto de extinción por causas objetivas, la indemnización legalmente prevista está pensada sobre todo para compensar las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral, la cual, en realidad, debía perdurar. En cambio, tales expectativas frustradas no existen cuando un contrato de trabajo de duración determinada simplemente finaliza por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o el servicio pactado o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado. Se reconoce, por tanto, la acomodación del régimen extintivo de los contratos temporales previsto en el Estatuto de los Trabajadores a la normativa comunitaria.

Aunque referida al régimen funcionarial, cabe dar noticia también de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero 2020, asunto *Baldonado Martín* (C-1771/18), que ha insistido en la idea de que no vulnera la Directiva 1999/70 el hecho de que los funcionarios interinos no reciban indemnización al finalizar su relación, incluso si la perciben quienes tienen vinculación laboral indefinida o temporal de otro tipo.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020, asuntos *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez* (C-103/18 y C-429/18), también aborda problemas suscitados en el marco de empleos funcionariales que se han dilatado en el tiempo (entre doce y diecisiete años), habiendo mediado sucesivos nombramientos para ocupar la plaza interinada. La sentencia concede relevancia al incumplimiento por parte del empleador (un Servicio Público de Salud) de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo y subraya que el Derecho de la Unión Europea impide entender justificada la renovación sucesiva de nombramientos por razones genéricas que acaban encubriendo necesidades permanentes y estables. Aclara que la Directiva 1999/70 UE no obliga a transformar los nombramientos en indefinidos, pero sí a que haya consecuencias proporcionadas y disuasorias.

Otro hito importante es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, asunto *IMIDRA*, C-726/19, que censura que en el empleo público pueda prolongarse, sin límite cierto, el desempeño de un puesto de trabajo de manera interina por el hecho de que todavía no se haya cubierto con arreglo a los principios de mérito y capacidad. Este pronunciamiento ha obligado a corregir la doctrina judicial interna que venía sosteniendo que, en interinidades por vacantes del sector público, el transcurso del plazo de tres años fijado en el artículo 70 EBEP, por sí solo, no comporta su conversión en uno de carácter indefinido no fijo, si bien la valoración de otras circunstancias (pasividad de la Administración para la cobertura, sucesión de contratos interinos en diversos destinos, ausencia de justificación de todo ello) podía abocar a conclusión contraria. Tras la Sentencia de 3 de junio de 2021 esa misma jurisprudencia ha debido rectificarse para explicar que la mera prolongación, sin horizonte fijo, de una interinidad por vacante ya es incompatible con la Directiva 1999/70/CE, de manera que las contrataciones en cuestión deben abandonar la categoría de temporales y acceder a la condición de personal indefinido no fijo.

Por su parte, la sentencia de 22 de febrero de 2024 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resuelve las peticiones de decisión prejudicial acumuladas, planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Autos de 22 de diciembre de 2021, 21 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022), sobre la calificación de la relación laboral que vincula a los trabajadores indefinidos no fijos con la Administración Pública correspondiente y su posible incompatibilidad con la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco. Teniendo en cuenta que los contratos indefinidos no fijos pueden resolverse por la cobertura reglamentaria de la plaza por otro trabajador sin más requisito que el derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de una anualidad, surge la duda si

tal tibia consecuencia es contraria a los objetivos de la Directiva 1999/70 al tratarse una medida que podría no ser apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción tal y como exige la cláusula 5ª del Acuerdo Marco.

En apretada síntesis, el Tribunal de Justicia realiza cinco importantes consideraciones en este último pronunciamiento:

a) La normativa española no garantiza la efectividad del resultado perseguido por el Acuerdo Marco y su cláusula 5ª, la cual exige la adopción de medidas dirigidas a prevenir, y, después, a sancionar los abusos en la utilización de contratos temporales. La garantía constitucional del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y la finalidad de corregir las irregularidades de la contratación temporal por los organismos públicos, que dieron lugar a la creación jurisprudencial de la contratación indefinida no fija, podían explicar la aplicación de esta modalidad contractual, pero no son “razones objetivas” que justifiquen “la renovación de tales contratos o relaciones laborales”, pues no se han cumplido ni los plazos de las convocatorias públicas, ni esas convocatorias han sido frecuentes.

b) El pago de una indemnización tasada, de veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, prevista para los trabajadores indefinidos no fijos cuyo contrato se extinga por la cobertura por otra persona de la plaza que venían desempeñando provisionalmente, no es idónea para prevenir los abusos, pues su abono “parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”.

c) La disposición adicional 43ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y la disposición adicional 17ª EBEP, introducida por el Real Decreto-ley 14/2021, tampoco superan el juicio de adecuación o conformidad con la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, dada la indefinición e imprecisión de sus mandatos normativos en lo referido a la obligación legal de las Administraciones públicas de evitar “irregularidades en la contratación laboral temporal [...] que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo” (Ley de Presupuestos de 2018), y a la imputación de responsabilidades a dichas Administraciones y entidades del sector público por su incumplimiento “de conformidad con la normativa vigente” en cada una de ellas, que no se identifica (EBEP), máxime cuando el propio Tribunal remitente ha señalado que no tenía constancia de que se hubiera “exigido responsabilidad a ninguna Administración Pública por haber promovido o suscrito sucesivos contratos temporales”.

d) Los procesos excepcionales y masivos 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, llevados a efecto tras la reforma de 2021, provoca un resultado incierto para éstos, pues pueden perder su empleo si no superan las pruebas correspondientes diseñadas bajo los principios constitucionales/legales de igualdad, libre concurrencia, publicidad, mérito y capacidad. No son, por tanto, una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos en la utilización de los contratos de los indefinidos no fijos sucesivamente prorrogados.

e) La cláusula 5ª del Acuerdo Marco no obliga a la conversión en fijos de los contratos indefinidos no fijos, pero apoya tal conversión como mecanismo de estabilidad en el empleo y de protección de los trabajadores y, por ello, como medida que sanciona efectivamente la utilización abusiva de los contratos indefinidos no fijos prorrogados automáticamente. Y ello porque la solución tradicional del indefinido no fijo “podría comprometer el objeto, la finalidad y la efectividad de dicho Acuerdo Marco que persigue evitar los abusos de la temporalidad”.

En fin, el Tribunal de Justicia invita de forma explícita a modificar la doctrina judicial nacional que se opone a la conversión en fijos, afectando a cientos de miles de indefinidos no fijos que por razones temporales u otras no han podido acogerse a los

procesos legales excepcionales de estabilización del empleo temporal o no han podido hacerlo con el resultado de obtención de la plaza que venían desempeñando temporalmente .

Con posterioridad a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2014, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 10 de abril de 2024, ha dictado el pronunciamiento objeto de comentario en el que llega a calificar la contratación de interinidad por vacante de más de tres años de duración como indefinida no fija (y no como fija).

Como siguiente eslabón de la cadena de intervenciones judiciales, la Sala cuarta del Tribunal Supremo ha planteado, por Auto de 30 de mayo de 2024, una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la manera de compatibilizar la doctrina acuñada por la citada sentencia de 22 de febrero de 2024 con las normas del ordenamiento jurídico nacional que garantizan el derecho de acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. En concreto, formula dos interrogantes: De un lado, ¿se opone a la cláusula 5ª del Acuerdo Marco la doctrina jurisprudencial que, defendiendo los principios de igualdad, mérito y 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? De otro, 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?

De la redacción del texto de la cuestión presentada, parece apuntarse una cierta inclinación de nuestro Alto Tribunal por entender que no es adecuado el reconocimiento de la fijeza ante la necesaria observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino la apuesta por indemnizaciones que, de verdad, disuadan a las Administraciones de mantener en el tiempo situaciones irregulares. En concreto, se apunta a la indemnización por despido improcedente como posible solución para cumplir con dichos fines.

X. Apunte final

Cierto es que 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. No menos verdad resulta que el imperativo categórico del art. 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 EBEP y refrendada por el Real Decreto Ley 6/2023. Por tal razón, la inestabilidad que acompaña a la figura de los indefinidos no fijos no puede venir acompañada en el Derecho español, como regla general, de la transformación automática en una relación de servicio permanente. 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 o de las indemnizaciones compensatorias pertinentes, de aquellos casos concretos donde la extensión de la temporalidad durante varias décadas desborda cualquier lógica o regla de sentido común.