



Roj: **STSJ PV 1990/2024 - ECLI:ES:TSJPV:2024:1990**

Id Cendoj: **48020340012024101353**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **10/09/2024**

Nº de Recurso: **1457/2024**

Nº de Resolución: **1901/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUAN CARLOS ITURRI GARATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia Lan-Arloko Sala

C/ Barroeta Aldamar, 10 7ª Planta - Bilbao

94-4016656 - tsj.salasocial@justizia.eus

NIG: 4802044420220007659

0001457/2024 Sección: FT9 **Recursos de Suplicación / Erregutze-errekurtsoak**

Juzgado de lo Social Nº 9 de Bilbao 0000757/2022 - 0 Procedimiento Ordinario Social (Migracion) 0000757/2022

- 0

RECURSO N.º: Recursos de Suplicación, **SENTENCIA N.º: 001901/2024**

0001457/2024

NIG PV 4802044420220007659

NIG CGPJ 4802044420220007659

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA

COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a diez de septiembre de dos mil veinticuatro.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. don Juan Carlos Iturri Garate, Presidente en funciones, don Florentino Eguaras Mendiri y doña Maite Alejandro Aranzamendi, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por doña **Teodora** contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 9 de Bilbao de fecha 25 de marzo de 2024, dictada en autos 757/2024 en proceso sobre **RECONOCIMIENTO DE DERECHO -fijeza laboral-**, y entablado por doña Teodora frente a **GOBIERNO VASCO DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. **Juan Carlos Iturri Garate**, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:



"**PRIMERO.** Doña Teodora , con DNI NUM000 , viene prestando servicios desde el 21/07/14, como personal laboral por cuenta del demandado DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD DEL GOBIERNO

VASCO, con categoría de letrada B.

SEGUNDO. La relación laboral entre las partes se articuló a través de contrato de interinidad otorgado el 21/07/14, para prestar servicios en el puesto de trabajo Letrado/a B código NUM001 dotación 10 en Erandio, hasta la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo.

TERCERO. Conforme resulta de certificado emitido el 2/05/22 por la responsable del Servicio de Selección del IVAP, la actora obtuvo una puntuación de 20,973 (apta) en el proceso selectivo para la configuración de una bolsa de trabajo de licenciados/as en Derecho de la Administración General de la CAPV.

CUARTO. A través de Orden de 5 de diciembre de 2022, del Vicelehendakari Primero y Consejero de Seguridad (BOPV 30/12/22) fueron convocados procesos excepcionales de consolidación de empleo del personal laboral de los servicios auxiliares de la Administración de Seguridad de la Comunidad Autónoma de Euskadi y aprobadas sus bases específicas, incluyéndose en su artículo primero -y entre otras- la plaza ocupada en régimen de interinidad por la ahora demandante."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:"Que estimando parcialmente la demanda presentada por Doña Teodora frente a GOBIERNO VASCO DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD debo declarar que la relación laboral que une a las partes es de carácter indefinido no fijo hasta la cobertura reglamentaria de la vacante ocupada, debiendo aquéllas estar y pasar por esta resolución."

TERCERO.- Doña Teodora formalizó en tiempo y forma recurso de suplicación contra tal resolución, recurso que fue impugnado por Gobierno Vasco -departamento de seguridad-, también en tiempo y forma.

CUARTO.- En fecha 12 de junio de 2024 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el 18 de junio de 2024, acordándose -entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 10 de septiembre de 2024.

Habiéndose llevado a cabo tal deliberación, de inmediato se dicta esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Teodora formula recurso de suplicación contra la sentencia que estima en parte la demanda que planteó contra el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco y declara que la relación laboral mediante entre ambas partes es indefinida no fija.

El recurso tiene por finalidad que se estime en su integridad la demanda, declarándose tal relación laboral como de laboral indefinida fija y una indemnización a favor de la demandante y a cargo de la demandada de siete mil quinientos euros.

En los hechos probados de la sentencia recurrida se hace ver que la demandante superó un proceso selectivo para cobertura de concretas plazas como laboral en la Administración Pública. El mismo fue convocado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi para la configuración de una bolsa de trabajo para tal entidad como personas licenciadas en Derecho. Superadas las pruebas, fue llamada y a partir del 21 de julio de 2014 trabajó para tal Departamento de Seguridad demandado a virtud de un contrato temporal de interinidad y con la finalidad de trabajar como letrada en el puesto de trabajo código NUM001 , dotación 10 en Erandio, contrato cuya duración se extendería hasta la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo. Además, hemos de partir de que consta que el contrato seguía vigente al tiempo en que se dicta la sentencia ahora recurrida, habiéndose convocado, en el año 2022, procesos excepcionales de consolidación de empleo del personal laboral de los servicios auxiliares de la Administración de Seguridad de la Comunidad Autónoma, incluyéndose en tal convocatoria la plaza que ocupa la demandante (Orden de 5 de diciembre de 2022).

En cuanto al fondo de lo debatido, el Magistrado autor de la sentencia recurrida cita jurisprudencia diversa, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y concluye que esa dilatada contratación temporal supone una duración inusualmente larga del único contrato de trabajo suscrito entre partes, que era formalmente temporal en cuanto su duración y por ello, concluye en que si que se ha de asumir que la demandante ha de ser considerada indefinida no fija de la demandada, pero no indefinida fija. Considera improcedente aquella indemnización que reclamaba la demandante con su demanda y ello por entender inexistente prueba que haga ver singulares menoscabos causados a la demandante por la falta de reconocimiento de esa condición de trabajadora indefinida de la demandada por parte de esta última.



Frente a tal sentencia, la parte demandante presenta dos motivos de impugnación, que formalmente enfoca por la vía del apartado c del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre).

En el primero, aduce la infracción de las cláusulas 2, 4 y 5 del Acuerdo

Marco incorporado en su anexo, así como de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22) otras sentencias de tal Tribunal, como la de 5 de junio de 2018 (asunto 677/16) y de 19 de marzo de 2020 (asunto C-103/18 y 429/18) en relación con los artículos 14, 23 y 103, punto 3 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 y los artículos

9, punto 2, 11, 55 y 77 del Estatuto Básico del Empleado Público (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), el artículo 6, punto 4 y el 7, punto 2 del Código Civil.

En el segundo, cita como infringidos los artículos 179, punto 3 y 183, punto 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social y diversa jurisprudencia que considera aplicable.

La demandada ha presentado un escrito de impugnación del recurso. En cuanto al primer motivo de impugnación, considera que la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no lleva a estimar la demanda, reiterando al efecto los argumentos expuestos en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 20 y 14 de marzo de 2024 (recursos 914/2022 y 775/2022) y las de la Sala de Madrid de 10 de abril de 2024 (recursos 319/2024, 317/2024 y 318/2024). Así mismo cita la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2023 (recurso 3499/2022) que entiende que soporta debidamente los criterios expuestos en la sentencia recurrida en orden a las pretensiones contenidas en la demanda, así como diversas sentencias previas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por ejemplo, la de 5 de junio de 2018, asunto C 677/16 y de 19 de marzo de 2020, asunto C 429/18) de las que deduce que la decisión adecuada al caso concreto es la de considerar que la demandante es personal indefinido no fijo de la demandada. También se opone al segundo motivo de impugnación, reiterando los criterios expuestos en la sentencia recurrida. Termina pidiendo que se desestime el recurso y se confirme la sentencia recurrida.

SEGUNDO. - Esta sentencia se dicta ya conociendo que el Tribunal Supremo ha planteado aquella cuestión que se anunciaba a primeros de marzo de este año, cuestión planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que se materializó en el auto de ese Tribunal Supremo, Sala Cuarta, 30 de mayo de 2024 (recurso 5544/2023).

También se dicta luego de conocida la nueva sentencia del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2024 (asuntos acumulados C 331/22 y 322/22), cuya inminencia ya anunciaba la parte impugnante en el escrito de impugnación y que ciertamente vuelve a tratar lo relativo a la forma de cumplir en la debida forma con la cláusula quinta del Acuerdo Marco que se contiene en aquella Directiva 1999/70/CE, bien que considerada la perspectiva atinente al personal estatutario y no al laboral de la Administración Pública.

La mayoría de los que suscribimos la presente no albergamos dudas sobre los contenidos de aquella sentencia europea de 22 de febrero de 2024 donde se centran los argumentos de las partes en fase de recurso y tampoco sobre cómo allí interpreta la integración de aquellos principios de igualdad, mérito y capacidad que fija nuestra legislación en esta materia de acceso al empleo público.

Por ello, discrepamos del parecer que considera que lo procedente es suspender el curso de los autos en casos como el presente.

Esa opinión de paralizar el proceso tenía su base en el artículo 43 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), disposición introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 103, punto 8 del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre y que entró en vigor el pasado mes de marzo.

Pero ese precepto legal ha sido derogado por el Real Decreto-ley 4/2024, de 26 de junio, por el que se prorrogan determinadas medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo y se adoptan medidas urgentes en materia fiscal, energética y social (disposición derogatoria única, punto 2).

Por tanto, sería solo lo que el Tribunal Supremo considera una práctica judicial previa a aquella normativa recientemente derogada, la cobertura de esa suspensión.

Ya se ha dicho que consideramos que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es clara y desde luego, en nuestros precedentes no hemos aplicado esa práctica, sino que al denegar suspensión alguna por el planteamiento de esa nueva cuestión al Tribunal de Justicia Europeo, seguimos el precedente que supone el



hecho de que esta Sala tampoco acordó suspensión alguna cuando se plantearon aquellos asuntos De Diego Porras también ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente la cuestión que dio lugar a la sentencia De Diego Porras II, que fue planteada también por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y en la que no acordamos la suspensión, cuando no existía norma expresa sobre el particular, como ocurre hoy en día.

Todo ello, sin perjuicio de la eventual suspensión que el Tribunal Supremo acuerde de este proceso en su día, en el caso de que el asunto llegue el asunto al Mismo y si así lo considerase pertinente.

Por tales razones, procedemos a resolver el recurso.

TERCERO.- En cuanto al primer motivo de impugnación, lo primero que queremos destacar es que en esta materia la jurisprudencia ha oscilado claramente en los últimos tres decenios. Por tanto, no es cuestión genuinamente surgida del concreto caso de autos, sino que el mismo es otro más de una abigarrada sucesión de pleitos sobre esta materia.

La saga se inicia al inicio de la última década del siglo pasado.

La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991 (ROJ STS 16623/1991 en la base de datos del CENDOJ) fue pionera en su tiempo a la hora de valorar los efectos de la contratación laboral temporal realizada en fraude de ley por las Administraciones Públicas.

La misma fijó la condición de personal fijo del contratado de tal forma por los poderes públicos y lo hizo sin ambages ni matices añadidos a esa declaración.

Es interesante resaltar que, como entonces ya expresamente se dijo, el hecho de que considerarlos como personal laboral indefinido, no suponía convertirlos en personal funcionario, sino que los demandantes en aquel proceso seguían siendo personal laboral, pero con contrato de trabajo indefinido. Y ello por disponer ese efecto las normas laborales en caso de fraude de ley en la contratación laboral temporal.

Por tanto, partiendo de lo que había sido la tradicional distinción entre el estatuto funcional y el contenido laboral de las relaciones de los empleados por las Administraciones Públicas, se consideró que el personal laboral contratado por la Administración Pública como temporal, mediando fraude de ley en este último punto, en realidad debía ser considerado como trabajador fijo, que es cosa distinta de considerarlos como funcionarios públicos, que tienen régimen jurídico diverso del laboral en su relación profesional con la Administración Pública.

En la inmediata época posterior a esa primera sentencia, se aplicó similar criterio en otras resoluciones dictadas en recurso de casación para la unificación de doctrina. A modo de ejemplo, cabe mencionar la sentencia de 26 de octubre de 1992 de la misma Sala (recurso 2561/1991).

Luego surgió la figura jurídica del indefinido, que no fijo, que se defiende en la sentencia recurrida. Tal figura apareció en varias sentencias de esa misma última década del siglo pasado y de esa misma Sala Cuarta. En tal sentido, las sentencias de 7 de octubre de 1996 (recurso 3307/1995) y 20 de enero de 1998 (recurso 317/1997).

Se vinculaba esa especial figura al contenido del artículo 103, punto 3 de la Constitución y de otras diversas normas con rango de ley ordinaria que se citaban.

Más adelante, el Tribunal Supremo matizó con claridad que esa contratación de indefinido no fijo seguía siendo contrato laboral temporal, que no indefinido. Por tanto, manteniéndose la idea de que lo procedente en estos casos era atribuir la condición de relación laboral indefinida no fija, se consideró que esa especie relación laboral se distanciaba de la relación laboral fija, permaneciendo en el ámbito de la contratación laboral temporal. Al efecto, cabe mencionar la sentencia de 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017).

Y luego ya, aparte del Tribunal Supremo, se produjo la muy destacada entrada en escena de la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esa intervención tuvo por causa la necesidad de interpretar los contenidos del anexo de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Su influyente criterio se inicia esencialmente y con respecto de España a consecuencia de la llamada sentencia De Diego Porras I (sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/2014), evolucionando tal doctrina claramente con la llamada De Diego Porras II (sentencia de 21 de noviembre de 2018 (asunto C- 619/107) y con una sucesión de variadas resoluciones judiciales, hasta la muy relevante y reciente sentencia de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C- 59/22, C-110/22 y C-159/22) ya citada que supone un nuevo cambio con respecto de los criterios fijados en los previos precedentes, algunos de las cuáles se citan más adelante.



Y en orden a casos en contratación laboral temporal inusualmente larga o en fraude de ley realizada por trabajadores formalmente vinculados con contratos laborales temporales con la Administración Pública y la incidencia o no de superación de las pruebas públicas de acceso amparados en los principios de igualdad, mérito y capacidad a los que alude la Constitución, resultan también muy relevantes, de un lado, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de fecha 16 de noviembre de 2021 (recurso 3245/2019) y la posterior de 8 de noviembre de 2023 (recurso (recurso 3499/2022) entre las más modernas. Ambas son mencionadas por las partes del presente proceso en fase de recurso y desde luego son la muestra de la posición en esta materia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo hasta dictarse a quella nueva cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en mayo de 2024.

Esta evolución en la jurisprudencia de más de tres décadas ha generado una diversidad de soluciones judiciales a casos muy parecidos entre sí.

CUARTO.- El criterio que sostenemos se centra en los contenidos de aquella sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2024.

Una lectura detenida de la misma hace ver que expresamente significa que, en estos casos, la calificación de relación laboral como de indefinida no fija, no es medida suficiente para entender cumplidas las previsiones de la cláusula quinta del Anexo de aquella Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio.

Principalmente tras la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de 4 de julio de 2006 (asunto C-212/14, caso Adenaler) parecía que el Tribunal europeo indicado si que asumía que, tratándose de Administración Pública, la forma de cumplimiento adecuado de las previsiones de aquel Anexo era la asunción de la condición de indefinido no fijo en la relación laboral formalmente temporal en la que hubiese fraude de ley o duración inusualmente larga del contrato temporal. Las posteriores sentencias de 14

de septiembre de 2016 (asunto C-184/15, Martínez Andrés) y 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19, caso IMIDRA) indicaban que el Tribunal Europeo también consideraba adecuada la figura del indefinido no fijo en estos casos de contratación laboral temporal inusualmente larga.

En esta materia, la sentencia de 22 de febrero de 2024 tiene un contenido muy relevante, puesto que cambia claramente esta posición.

Una advertencia previa: lo que en nuestro derecho interno consideramos que incluye la contratación temporal, la Directiva de mérito se refiere a la misma con la terminología de contratación de duración determinada.

Hemos dicho que tal sentencia sostiene claramente que no es suficiente la calificación de la relación laboral como de indefinida no fija para entender colmadas las exigencias de aquella Directiva.

Al efecto, de un lado, hace ver que esa calificación de la relación laboral del indefinido no fijo es en sí misma una relación laboral que sigue siendo temporal en los términos de aquella Directiva. Por tanto, esa calificación supone que nos movemos en el ámbito de una relación de duración determinada que no en el de la indefinida. Por cierto, como ya se ha expuesto más arriba, esto ya lo había dicho el Tribunal Supremo en aquella sentencia de fecha 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017).

Y precisamente por mantenerse esa condición de temporalidad en la relación jurídica laboral indefinida no fija, tal sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que tal solución no permite considerar cumplidas las exigencias de la cláusula quinta. Es decir, que esa calificación de relación laboral indefinida no fija es una medida insuficiente para que se de el efecto útil de aquella Directiva. Añadir que, aunque se trata de valorar relaciones diversas a la laboral, puesto que se refiere a relaciones "estatutarias", estas mismas ideas parecen asentarse en la reciente sentencia de dicho Tribunal de 13 de junio de 2024.

Por tanto, no cabe confirmar el fallo ahora recurrido, puesto que mantener esa simple condición de indefinida no fija de la relación de la demandante no cumple con las exigencias de aquella cláusula quinta del anexo de la Directiva 1999/70 según refiere la más moderna de las sentencias del Tribunal de Justicia de Europa que ha tratado estas cuestiones tratando de personal laboral contratado por la Administración Pública.

QUINTO.- Por otra parte, esa sentencia europea también dice que la calificación de esa relación laboral como de condición de indefinida si que puede ser medida adecuada para provocar el efecto útil de aquella cláusula quinta y lo hace con el matiz de que ello es así para el caso de que se alcance la conclusión de que el legislador interno no ha fijado la adecuada y efectiva sanción por la duración inusual o anormalmente larga de la relación laboral temporal realizada por la Administración Pública (en nuestro caso, estaríamos en este último supuesto).

En este sentido, el punto 128 de la sentencia de 22 de febrero de 2024 dice: *"De lo anterior se desprende que una normativa que establece una norma imperativa según la cual, en caso de utilización abusiva de contratos*



de trabajo de duración determinada, como los contratos indefinidos no fijos de que se trata en los litigios principales, estos contratos se convierten en relación laboral de duración indefinida puede implicar una medida que sanciona efectivamente tal utilización abusiva y, por lo tanto, debe considerarse conforme con la cláusula 5 del Acuerdo Marco (sentencia de 8 de mayo de 2019, Rossato y Conservatorio di Musica F. A. Bonporti, C-494/17, EU:C:2019:387, apartado 40 y jurisprudencia citada)."

Y en los números siguientes desarrolla esta idea en relación con aquellos principios que menciona la parte recurrente.

Al efecto, recuerda la operatividad del principio de interpretación conforme, y tras hacer mención expresa en el punto 122 a que conoce la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre aquellos principios de igualdad, mérito y capacidad en esta materia (lo que nos parece muy trascendente puesto que hace ver que el Tribunal ya ha valorado esa doctrina), concluye en el punto 138 con lo siguiente: "*Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales décima y undécima planteadas en los asuntos C-59/22 y C-110/22 y a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta planteadas en el asunto C-159/22 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida. Corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5.*"

Ciertamente la reciente sentencia 13 de junio de 2024 hace ver lo mismo, pero finalmente termina con una enigmática frase: "*siempre que esa conversión no implique una interpretación contra legem del Derecho nacional*". Esta frase no constaba en la anterior de 22 de febrero de 2024 y por ende, esta última se refiere a relaciones laborales y la más reciente, la de 13 de junio de 2024, no a éstas, sino a relaciones estatutarias (funcionariales o asimiladas).

Aparte de ello, otra idea a tener en cuenta es el principio de primacía del Derecho europeo, normativa que opera incluso sobre el ordenamiento jurídico interno del correspondiente país en estricta aplicación de ese principio..

Y es que así lo ha dicho ya ese Tribunal Europeo expresamente y precisamente aplicando esa cláusula quinta del anexo de a esta misma Directiva 1999/77/CE del Consejo. Por tanto, lo mismo ya se había dicho en un caso precedente de tal Tribunal Europeo sobre este mismo tipo de problema.

En efecto, podemos leer en la sentencia de dicho Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de febrero de 2021 (asunto C-760/19, asunto Dimos Agiou Nikolaou) y considerando similares principios de igualdad, mérito y capacidad establecidos en el Derecho interno griego (párrafo 75): "*Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que, cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, a efectos de dicha disposición, la obligación del órgano jurisdiccional remitente de efectuar, en la medida de lo posible, una interpretación y aplicación de todas las disposiciones pertinentes del Derecho interno que permita sancionar debidamente ese abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión incluye la apreciación de si pueden aplicarse, en su caso, a efectos de esa interpretación conforme, las disposiciones de una normativa nacional anterior, todavía vigente, que autoriza la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público*".

También se han tratado tales principios de igualdad, mérito y capacidad en casos similares en otra sentencia del Tribunal Europeo, aunque no ya con respecto de aquella Directiva 1999/70/CE, sino de otra, la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 13 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad.

Así en orden al respeto de tales principios en los casos de internalización de servicio previamente externalizado por la Administración Pública empleadora laboral, su sentencia de 13 de junio de 2019 (asunto C317/18, caso Correia Moreira) dice en su punto 63: "*Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que la Directiva 2001/23, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario.*"

Por otra parte, dejando el ámbito del Tribunal europeo y centrándonos en el ámbito de nuestros Tribunales internos, también hay que hacer alguna matización.

Así, en primer lugar, el Tribunal Constitucional ya ha indicado que no es aplicable el artículo 23, punto 2 de la Constitución a los laborales de la Administración Pública. En tal sentido, sentencias 38/2007, de 14 de marzo (fundamento jurídico 8), 86/2004, de 10 de mayo (fundamento jurídico cuarto) y 132/2005, de 23 de mayo (fundamento jurídico segundo), traspolando la primera de estas sentencias también estas ideas al ámbito del artículo 14 (fundamento jurídico 9).

Ello no obstante, interesa destacar lo que se contiene en la sentencia del Tribunal Constitucional 236/2015, de 19 de noviembre. Esta sentencia es citada también en el reciente auto de planteamiento de nueva cuestión por el Tribunal Supremo dictado el pasado mes de mayo.

En esa sentencia del Tribunal Constitucional literalmente se dice: "*Si bien las mencionadas garantías del art. 23.2 CE solo se dispensan a los ciudadanos que acceden a las funciones públicas que se ejercen a través de una relación de servicio con la Administración de carácter estatutario, nuestra jurisprudencia reconoce que el art. 14 CE también garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público no funcionario, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a él que tengan carácter discriminatorio (SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4 ; 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2 ; 38/2007, de 15 de febrero, FJ 8 , y 128/2007, de 4 de junio , FJ 4). Protección que debe entenderse también aplicable a cualesquiera normas y actos que afecten al personal laboral durante la vigencia de la relación laboral que les vincula con la Administración.*

En suma, ya sea a partir del art. 23.2 CE o del art. 14 CE resulta aplicable un canon parcialmente equivalente de enjuiciamiento, con independencia del carácter funcional o laboral del personal afectado, en la medida en que la igualdad que garantiza el art. 23.2 CE en el acceso a las funciones públicas que desempeña el personal estatutario constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE en el conjunto de las funciones públicas. A partir de ese canon común, quienes tengan la condición de funcionario disfrutan además de la protección que ofrece la garantía de la predeterminación normativa que consagra el art. 23.2 CE."

Y el tema es bien relevante, puesto que esos principios de mérito, capacidad y publicidad si que están vigentes en la propia Constitución, pero literalmente están citados en su artículo 103. Este último precepto no goza de la protección reforzada que a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Misma otorga su artículo 53, punto 2.

Por otra parte, la literalidad del artículo 103, punto 3 de la Constitución parece referir los principios al ámbito de la relación funcional o estatutaria, aunque es cierto que en la legislación ordinaria es claro que tales principios si rigen para los laborales. En este último punto, basta examinar la claridad con la que se expresa el artículo 11, punto 3 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por tanto, consideramos que, en el plano del Tribunal Constitucional parece que, aparte del respeto al principio de igualdad en el acceso a labores profesionales para la Administración Pública, parece reservarse la aplicación del artículo 103, punto 3 a las relaciones profesionales estatutarias, donde claramente el Tribunal Constitucional considera de aplicación esos tres principios a estos casos.

En todo caso, debiera tenerse en cuenta el principio de primacía del Derecho de la Unión, como ya se ha pretendido explicar.

Así mismo, también hemos de reparar en que el Tribunal Supremo ha estudiado tales principios al tratar de diversos supuestos concretos examinando la legislación interna ordinaria -entre esa normativa interna, el ya indicado artículo 11, punto 3 del Estatuto Básico del Empleado Público-

Es claro que si que establece la aplicación de esos principios del artículo 103 de la Constitución para los procedimientos de selección del personal laboral para la Administración Pública y si bien es claro que en este tipo de acciones declarativas de fijeza por duración inusualmente larga del contrato celebrado con una Administración Pública, su criterio venía reflejado a favor de la consideración de relación laboral indefinida no fija (por ejemplo, aquella sentencia de 8 de noviembre de 2023 que se cita en la resolución objeto de examen en suplicación) y éste ha sido el criterio también cuando se ha tratado el fenómeno de la cesión ilegal de los trabajadores a favor de Administración Pública o empresas públicas equiparables (por ejemplo, sentencia de 11 de enero de 2023, recurso 907/2019), sin embargo otro ha sido el criterio en materia de subrogación por la Administración Pública en una unidad productiva autónoma, donde ha considerado que no cabe entender que esa subrogación torne la relación laboral a indefinida no fija de quien era fijo en la empresa privada cedente (sentencia de 28 de enero de 2022, recurso 3781/2020) o en caso de internalización de servicios



con elementos productivos que se recuperan, servicio no basado en fundamentalmente en mano de obra (sentencia de 19 de septiembre de 2017 (recurso 2612/2016 entre otras), entre otras.

Consideramos, además, que en el presente recurso de suplicación, la alternativa única que se plantea por el recurrente y la recurrida es la decisión entre la determinación de trabajador indefinido no fijo y la de trabajador indefinido, sin que se hayan planteado otras posibles, como completar aquella declaración de indefinida no fija de la trabajadora demandante más una indemnización disuasoria de la persistencia en la contratación temporal o una acreditación efectiva de las autoridades en la prevención del abuso en la contratación temporal inusualmente larga es una actuación realmente efectiva o la actual normativa palíe real y efectivamente esa situación con el debido respeto a los derechos de la persona trabajadora o similares (lo que se pone claramente en cuestión tanto en las sentencias de 22 de febrero y 13 de junio de 2024, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Y en esta tesitura, habiendo considerado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la condición de indefinido no fijo en estos casos no cumple con la normativa europea y si la puede cumplir la condición de fijeza, estimamos el primer motivo de impugnación, puesto que es clara la vinculación que producen las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la jurisdicción española.

SEXTO.- En efecto, la condición vinculante de tal sentencia para los Jueces y Tribunales españoles claramente resalta el artículo 4, bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio), en la redacción dada en el año 2015, aparte de las previsiones del Tratado fundacional de la Unión. Antes de que tal norma hubiese entrado en nuestro ordenamiento jurídico, cosa parecida ya había asumido tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional.

Así, en la sentencia 145/2012, de 2 de julio (fundamento quinto) de este último, se puede leer: " ... el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel (6/64, Rec. pp. 1253 y ss., especialmente pp. 1269 y 1270), habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93, como hemos tenido ocasión de recordar en repetidas ocasiones.

En concreto nos hemos referido expresamente a la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia Simmenthal del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de marzo de 1978, y en la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestras posteriores SSTC

130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias Vand Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, y Costa contra Enel, de 15 de julio de 1964, ya citada.

Asimismo es pertinente traer a colación la doctrina fijada en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre (DTC 1/2004 FJ 4), en la que precisamos que la primacía no se sustenta necesariamente en la jerarquía, "sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones", lo que obliga al Juez nacional o a la Administración pública, en su caso, a aplicar la norma prevalente y a dejar sin efecto a la norma desplazada, aun cuando no haya sido expulsada del ordenamiento interno (algo propio de la Unión Europea como proceso de creación de una unidad política por agregación o unión de Estados)."

Entre las últimas sentencias del Tribunal Supremo que expresan similares ideas a la sentencia del Tribunal Constitucional mencionada en el párrafo anterior, cabe citar la de fecha 21 de febrero de 2024 (recurso 1083/2023) de su Sala Cuarta.

Como es de ver, seguimos criterio similar al que determinó nuestra sentencia de 23 de abril de 2024 (recurso 2427/2023) o la de 30 de mayo de 2024 (recurso 296/2024) en el que se plantearon cuestiones parecidas a las ahora resueltas por otros trabajadores de la misma demandada.

SÉPTIMO.- Con respecto del segundo motivo de impugnación que se mantiene en el recurso, expresamente sostiene la recurrente que no reclama la indemnización de siete mil quinientos euros por considerar vulnerados derechos fundamentales o libertades públicas, sino que considera que procede con cita del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de marzo de 2018 (asunto C-494/16, asunto Santoro). Menciona también



la Resolución del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2018, en respuesta a las peticiones sobre la lucha contra la precariedad y el uso abusivo de los contratos de trabajo de duración determinada, en cuyo punto 19 se lee: " Destaca que la transformación de un contrato de duración determinada en un contrato de duración indefinida para un trabajador que ha sufrido un abuso en relación con contratos de duración determinada, en infracción de la Directiva 1999/70/CE, no exime a un Estado miembro de la obligación de sancionar dicho abuso, incluyendo, además, la posibilidad de que el trabajador afectado obtenga la reparación de los perjuicios sufridos en el pasado".

Sostiene, pues, que se le ha de indemnizar por no serle reconocido por su empleadora un derecho que le corresponde, como es el correspondiente a ser personal laboral fijo, siendo que reconocerle solo condición de personal temporal -aunque sea en la modalidad de indefinido no fijo- no tiene los mismos efectos en diversos aspectos de la relación laboral, aspectos que detalla en concreto. Se centra, pues, en los perjuicios que le ha causado esa falta de reconocimiento de la indefinición en la relación laboral y no tanto en el efecto disuasorio de incurrir en futuras conductas al que alude el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social cuando fija los criterios de reparación económica en caso de vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas. Acude al efecto, al criterio orientador que supone la tabla de sanciones administrativas previstas para falta muy grave administrativa en el artículo 40 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden de lo Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), precepto que también cita en el desarrollo del motivo, al igual que su artículo 8.

Partiendo de que la demandante expresamente advierte que no reclama por vulneración de derechos fundamentales y por tanto, tampoco con base en la idea de disuadir a su empleadora de vulnerar la legislación vigente en el futuro (artículo 183, punto 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social), sino solo con base en los perjuicios que se le han causado en periodo previo al presente por esa falta de reconocimiento de condición laboral indefinida y como quiera que esto último ya se le reconoce en esta resolución, entendemos que, siendo razonable considerar aplicable como criterio orientador aplicar los criterios fijados en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, nos encontraríamos ante la falta grave del artículo 7, punto 2 de aquella Ley de Infracciones y no ante la falta muy grave del artículo 8 y por tanto, considerando el cuadro de sanciones que se prevén en su artículo 40, punto 1 para este tipo de falta, fijamos la indemnización en dos mil euros, considerando las circunstancias del artículo 39 e imponiendo por ello, el importe correspondiente a la horquilla prevista para el grado medio, dentro de las faltas graves.

OCTAVO.- Costas.

Dado el sentido de esta sentencia, no procede la condena en costas del recurso (artículo 235, punto 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social).

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **estimamos en parte** el recurso de suplicación formulado en nombre de doña Teodora contra la sentencia de fecha veinticinco de marzo de dos mil veinticuatro, dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de los de Bilbao, en los autos 757/2022, en pleito en el que también es parte el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco.

En su consecuencia, **revocamos** la misma y estimando en parte la demanda presentada por la primera contra la segunda, declaramos que la relación laboral mediante entre ambas es fija, condenando a la demandada a estar y pasar por ello y a abonar a la demandante dos mil euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados por la falta de reconocimiento de tal condición.

Cada parte deberá abonar las costas del recurso causadas a su instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con



pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

VOTO PARTICULAR

que formula la Ilma. Sra. Magistrada doña Maite Alejandro Aranzamendi en el Recurso 1457/2024, el que se apoya en el artículo 260 LOPJ y el siguiente FUNDAMENTO DE DERECHO, que paso a exponer:

ÚNICO.- Con todo el respeto que me merece la opinión mayoritaria, y valorando la solidez de sus argumentos, muchos de los cuales comparto, discrepo de la conclusión de la misma en el sentido de que considero debería haberse confirmado la declaración judicial de la instancia de reconocimiento a la parte actora de la condición de indefinida no fija, rechazando la fijeza solicitada con carácter principal, lo que fundamento en las siguiente consideraciones, que previamente voy a contextualizar.

La cuestión que se nos plantea en este recurso es en definitiva la de declaración de fijeza de empleados públicos con contratos temporales inusualmente largos, muy debatida en la actualidad.

Parto, igual que la sentencia mayoritaria, de que en España existe un abuso en la contratación temporal por parte de las Administraciones públicas, y que a ese problema ha de dársele alguna solución adecuada, que si no la ofrece el legislador como debiera, o la Administración empleadora, debe ser amparada por los tribunales en cada caso concreto que se nos plantee. Y es que así nos obliga la aplicación del Derecho de la Unión, en concreto la cláusula quinta del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70. La cuestión se reduce así a determinar cuál es esa solución "adecuada".

Parto también de la inconcreción de dicha cláusula, y no es preciso insistir tampoco, por sobradamente conocidos, en los antecedentes jurisprudenciales a propósito de esta cuestión, con los sucesivos pronunciamientos que ha seguido el Tribunal Supremo desde la creación de la figura del indefinido no fijo (STS 07/10/1996 rcud 3307/1995) para intentar dar respuesta a esta problemática, ante el dilatado incumplimiento por parte de la Administración empleadora de la directiva referida continuando en el abuso de contratación temporal, asumiendo nuestro alto tribunal un implícito conflicto entre la Constitución española (principio de igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública - artículos 14 y 23 CE- y aplicación para dicho acceso de los principio de mérito y capacidad - artículo 103.3 CE) y la Directiva 1999/70, conflicto que ha impedido al TS la declaración de fijeza como solución a esa problemática. Destaco como última sentencia la del TS 08/11/2023 rcud 3499/2022, que matizó la doctrina anterior contenida en la de 16/11/2021 recurso 3245/2019, afirmando la imposibilidad de acceder a una plaza fija sin superar la totalidad de las fases de la convocatoria de acceso, provocando que este TSJPV acordara modificar también su criterio para adaptarlo al del alto tribunal.

Posteriormente la STJUE 22 de febrero de 2024 (c-59/22, c-110/22 y c-159/22) ha resuelto varias cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ Madrid.

Esta importante sentencia europea ha venido a declarar que las medidas adoptadas por el Reino de España para prevenir, y en su caso, sancionar el abuso en la contratación temporal en las Administraciones públicas, entre las que se sitúan la creación de la figura del indefinido no fijo, el abono de una indemnización de 20 días por año para el caso de cese del trabajador indefinido no fijo, o incluso las medidas de estabilización recogidas en el Real decreto ley 14/2021 de 6 julio de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, no resultan suficientemente efectivas para evitar y sancionar ese abuso. Y además, que si el tribunal nacional considera que no hay en el sector público ninguna medida para prevenir el uso abusivo de contratos de duración determinada, la conversión de los contratos temporales en una relación laboral de duración indefinida "podría constituir" una medida adecuada, correspondiendo, 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.

Ello ha provocado una considerable reacción en todos los foros jurídicos, continuando el debate sobre el conflicto entre la estabilidad en el empleo garantizado por el derecho europeo y los principios que rigen el acceso al empleo público del ordenamiento interno, con diversas dudas sobre la interpretación de dicha sentencia, en concreto, acerca de la posibilidad de la declaración de fijeza como medida de respuesta a esta problemática.

Y es que los jueces y tribunales hemos de aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículo 4 bis LOPJ), siendo así que ese tribunal también ha declarado en sus STJUE 19/03/2020 c-103/18, c-429/18 que la declaración de fijeza no



es posible si ello implica obviar un proceso selectivo exigible, siendo "medidas equivalentes" la previsión de una indemnización dirigida a compensar los efectos del abuso, si es proporcionada y lo bastante efectiva y disuasoria; o en el ATJUE 26/04/2022 c464/21, siguiendo el criterio IMIDRA, en el sentido de que la condición de indefinido no fija sí es una respuesta adecuada al abuso de la temporalidad; o en la STJUE 08/09/2010 c-406/2006, afirmando que no puede admitirse que normas de derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, menoscaben la unidad y la eficacia del Derecho de la Unión pero afirmando también, en sentencias como la de 05/12/2017 c-42/2017, que el juez nacional no tendrá que inaplicar la norma nacional contraria a una norma de la Unión Europea, si con ello infringe un derecho fundamental protegido por su Constitución nacional.

Entiendo que el TJUE en la sentencia de 22/02/2024 (c-59/22, c-110/22 y c159/22) no ha sido categórico afirmando que la fijeza fuera la única solución y el presupuesto exige que el tribunal nacional valore si existe en la legislación española alguna otra medida suficientemente disuasoria para prevenir ese uso abusivo de contratos de duración determinada resolviendo, como decía, el tribunal europeo que no es adecuada ni la calificación como indefinido no fija ni una indemnización que se abone independientemente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos.

Esta situación ha provocado gran incertidumbre en el panorama doctrinal y judicial, como lo demuestra la cantidad de argumentos, en favor y en contra de una u otra tesis -incluso antagónicas-, que se barajan en las sentencias dictadas por los distintos juzgados y tribunales que están entrando en el fondo del asunto. Así, por ejemplo, la STSJ Andalucía 14/03/2024 recurso 775/2022, SSTSJ Madrid 10/04/2024 recursos 318/2024, 317/2024 y 319/2024, razonan que no procede la declaración de fijeza por respeto a los principios constitucionales (con distintas soluciones en cuanto a la adecuación de la medida de la indemnización legal del despido improcedente como remedio de reparación del abuso) pero con varios votos particulares y abundante argumentación en favor y en contra; o las sentencias de este TSJPV, como las dictadas en los recursos 282/2024 o 229/2024, favorables a la solución de la fijeza interpretando que según la STJUE 22/02/2024 los principios constitucionales de acceso a la Administración pueden ser obviados desde la perspectiva de la aplicación de la directiva.

En esta coyuntura, y tal como se anunció, el pasado 30/05/2024 la sala IV del Tribunal Supremo dictó auto elevando al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

"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?"

Pues bien, este TSJPV adoptó en pleno no jurisdiccional el criterio mayoritario no vinculante de acordar la suspensión de los recursos en los que se planteara esta cuestión a la espera de la resolución de la referida cuestión prejudicial planteada por el TS, al amparo de lo establecido en el artículo 43 bis LEC introducido por el Real decreto ley 6/2023 de 19 diciembre, que entró en vigor el 20/03/2024, que decía : " *Cuestión prejudicial europea. 1. Cuando un tribunal estime que para poder emitir su fallo, en cualquier fase del procedimiento, resulta necesaria una decisión sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión, en los términos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , dictará providencia en la que, concretando suficientemente la duda interpretativa o de validez del Derecho de la Unión, dará audiencia por un plazo común de diez días a las partes y, en los casos en los que legalmente proceda, al Ministerio Fiscal. El auto de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acordará la suspensión de las actuaciones hasta que conste en autos la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que decida la cuestión prejudicial o se acuerde la retirada de la cuestión prejudicial. Contra la providencia y el auto mencionados en este apartado no cabe recurso. 2. Cuando se encuentre pendiente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial directamente vinculada con el objeto del litigio de que conoce un tribunal, ya planteada por otro órgano jurisdiccional de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, si el tribunal estima necesaria la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para resolver el litigio, podrá suspender motivadamente el procedimiento. La suspensión se acordará, mediante auto, previa audiencia por plazo común de diez días de las partes y, en los casos que legalmente proceda, del Ministerio Fiscal. Contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición, y contra el auto que acuerde la suspensión cabrá presentar recurso de apelación. La suspensión a la que se refiere este apartado se alzarán por el letrado o letrada de la Administración de Justicia una vez acreditada la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o, en otros supuestos, por auto del propio tribunal que acordó la suspensión"*.



Sin embargo, el legislador ha derogado posteriormente dicho precepto procesal a través de la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 4/2024 de 26 de junio por el que se prorrogan determinadas medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo y se adoptan medidas urgentes en materia fiscal, energética y social, -en vigor desde 28/06/2024-, suprimiendo el artículo 43 bis LEC bajo la única justificación ofrecida en la exposición de motivos: " *La disposición derogatoria única suprime, en particular, el artículo 43 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de modo que sean los órganos judiciales nacionales los que puedan aplicar directamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fundamentalmente a partir del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la*

Unión Europea, respecto a las cuestiones prejudiciales que se planteen ante ellos".

Ello conlleva que esta ponente haya modificado su criterio -lo que ha justificado ex artículo 24 CE en las sentencias de 16 de julio de 2024 dictadas en los recursos 582/2024 y 1342/2024- favorable hasta entonces a acatar el criterio mayoritario no vinculante de este tribunal, a favor de la suspensión del trámite, uniéndome así al mayoritario de esta sección 1ª contrario a dicha suspensión.

A lo que añado que la más reciente STJUE 13 de junio 2024 (C-331/22 y C-332/22) también ha respondido (bien es cierto que en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa) a una cuestión prejudicial planteada por un juzgado de lo contencioso administrativo de Barcelona, en el sentido de que no cabe la declaración de fijeza si es una medida *contra legem*, y reiterando el TJUE que la fijeza no se trataría de la única medida para disuadir y sancionar el abuso de la temporalidad, en la línea por tanto de la cuestión prejudicial subsidiaria planteada por la Sala IV.

Por ello, previendo que el TJUE no vaya mucho más allá de lo ya declarado en tales resoluciones y ante la inacción de nuestro legislador, tal y como razona la sentencia mayoritaria, hemos entendido procedente -ya por unanimidad en esta sección- entrar en el fondo de la cuestión planteada, cumpliendo con la labor jurisdiccional encomendada de aplicación del conjunto del ordenamiento jurídico al concreto supuesto de hecho y específicamente con el encargo expreso del TJUE de que los tribunales realicemos una nueva interpretación de la jurisprudencia consolidada, si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la directiva 1999/70.

Llegados a este punto resalto de nuevo que el TJUE ha sido claro al declarar la inadecuación de la compensación prevista en el artículo 2 de la Ley 20/2021, tanto en lo relativo a la convocatoria de los procesos de estabilización como al cálculo de la indemnización, sujeta a un doble límite (el tope de los 20 días de retribución por año de servicio y de los 12 meses de salario) que, según el tribunal europeo, no permiten la reparación proporcionada y efectiva en las situaciones de abuso que superan una determinada duración en años y la reparación adecuada íntegra de los daños derivados de tales abusos, debiéndose prever en los estados miembros una compensación, no punitiva, pero sí adecuada, que no se limite a una indemnización meramente simbólica, aunque sin sobrepasar la compensación íntegra (STJUE 13 junio 2024 c-331/22 y c-332-22). Y se ha vuelto a resaltar en esta reciente sentencia que la fijeza sí puede ser una medida que daría suficiente cumplimiento al mandato de la cláusula 5.

Pues bien, teniendo en cuenta todo lo anterior, y entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, lo que considero es que hay que hacer un análisis de cada supuesto concreto, pudiendo obtener la pretensión de declaración de fijeza distintas respuestas en función de sus particularidades.

En el sometido ahora a nuestra consideración en el presente recurso, parto de que la actora viene prestando servicios para la Administración demandada a través de una contratación temporal inusualmente larga y siendo insuficiente, en los términos del TJUE, el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo declarado en sentencia. Pero no ha superado una convocatoria para cobertura de plazas de empleo laboral indefinido (no temporal), sino solamente una convocatoria para formar bolsas de contratación temporal. Si estuviéramos en el primer caso, comparto la opinión mayoritaria de esta sección de que procedería reconocer a ese personal la condición de fijeza, pero en el segundo entiendo que la calificación oportuna es la de indefinido no fijo pues no existe amparo legal en nuestro derecho nacional para reconocer a la parte demandante la condición solicitada no habiéndose puesto de manifiesto de forma suficiente los principios de mérito y capacidad, o al menos, no constando acreditado que así fuera.

No comparto, por tanto, una automática transformación en fija de una relación laboral temporal mantenida en el tiempo porque considero que no en todos los casos se concilian los objetivos de la directiva con los principios constitucionales sobre el acceso al empleo público y entiendo que es preciso analizar el tipo de convocatoria y pruebas superadas por los empleados públicos para decidir en cada caso si esa situación implica una sanción de fijeza.



Entiendo en definitiva que esta medida sancionadora de convertir a la parte actora en trabajadora fija sí implicaría en este caso una interpretación *contra legem* del derecho nacional, en los términos de la STJUE 13 de junio de 2024 c-331/22 y c332/22, pues aunque no implique la condición de funcionaria de carrera en contra de lo previsto en el artículo 23.2 CE, encontrándonos en el ámbito del personal laboral, no se cumplirían con los principios exigidos por el EBEP y la vis atractiva del artículo 14 CE en los términos que ha entendido el TC: *"En el sector público de apreciarse, además, la concurrencia de un interés general relevante y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado, en cuanto que la creación de una situación de irregularidad puede ser una vía utilizada para dar lugar a un ingreso fraudulento en la Administración pública, fuera de los cauces constitucional y legalmente correctos, sin respetar los principios de mérito y capacidad. Por esa razón los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios y evitar que el recurso a la defensa de la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y una permanencia en la función pública desconocedores de la igualdad y vulneradores de los principios de mérito y capacidad"* (auto TC 122/2009), habiendo razonado también que *"el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE no es aplicable en los supuestos de contrataciones de personal laboral por parte de las Administraciones públicas, de manera que el trato discriminatorio denunciado solo podría conculcar el principio general de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución, del que el artículo 23.2 CE, no es sino, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este tribunal, una concreción específica en relación con el ámbito de los cargos y funciones públicos"* (AATC 100/1988, 858/1988, 273/1990, SSTC 86/2004, 135/2005, 128/2007, 236/2015).

Y todo ello sin perjuicio de que tenga derecho a una indemnización "adecuada" con compensación íntegra de los perjuicios causados o de lo que se disponga si se regula por el legislador otra medida compensatoria adecuada de ese abuso de la contratación temporal inusualmente larga en el sector público.

Así por este mi voto particular, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de

los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue el anterior voto particular en el mismo día de su fecha por el Ilma. Sra. Magistrada doña MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del BANCO SANTANDER, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del BANCO SANTANDER, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699000066145724.



B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699000066145724.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ