

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **22/04/2024**

Nº de Recurso: **229/2024**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 22 de abril de 2024.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres. D. Juan Carlos Iturri Garate, Presidente en funciones, D. Florentino Eguaras Mendiri y D^a Maite Alejandro Arazanzamendi, Magistrados/as, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente **SENTENCIA** En el Recurso de Suplicación interpuesto por GOBIERNO VASCO DEPARTAMENTO DE EDUCACION contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de los de Vitoria de fecha 30 de octubre de 2023, dictada en proceso sobre Fijeza Laboral, y entablado por Tamara frente a GOBIERNO VASCO DEPARTAMENTO DE EDUCACION.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Florentino Eguaras Mendiri, 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 Tamara (también actora o demandante) viene prestando sus servicios para el Departamento de Educación del Gobierno Vasco con diferentes contrataciones, interrumpidas durante breves periodos de tiempo, desde el año 1994.

La última contratación data del 1 de septiembre de 2009 (*vid. documentos adjuntos a la demanda: último contrato de trabajo suscrito, la vida laboral expedida por la Tesorería General de la Seguridad Social y el Historial de Puestos, documentos números 4, 5 y 6 respectivamente, de la demanda*).

SEGUNDO.- Por ORDEN de 3 de septiembre de 2001, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, por la que se convocan los procesos selectivos para la provisión de plazas de personal laboral fijo al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y sus Organismos Autónomos, adscritas al Departamento de Educación, Universidades e Investigación (BOPV nº 182, de 19 de septiembre de 2001), se sacaron a provisión, entre otras, varias plazas para el personal de cocina y de limpieza del Gobierno Vasco (Anexo I, apartado 1.1).

Documento número 7 de la demanda.

En la base 8.6 del citado Anexo I se establecía: "8.6. – *Las relaciones de aspirantes que han superado la fase de oposición integrarán, de acuerdo con lo que al efecto se determine, las bolsas de trabajo correspondientes, para la prestación de servicios de carácter temporal, en el ámbito de la Administración General de la Comunidad Autónoma*".

TERCERO.- Por RESOLUCIÓN de 22 de mayo de 2002, del Director del Instituto Vasco de Administración Pública, se ordenó la publicación de las relaciones definitivas de calificaciones correspondientes al proceso selectivo para la provisión de plazas de personal laboral fijo —personal de limpieza — al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y sus organismos autónomos; y de la relación de puestos ofertados, y se establece el plazo y forma para manifestar la preferencia respecto de los mismos.

(documento número 8 demanda).

CUARTO.- La actora participó en el proceso selectivo de personal de limpieza, aprobando el mismo, si bien no obtuvo plaza, motivo por el que pasó a formar parte de las bolsas de trabajo a que se hacen alusión en la precitada base 8.6.

QUINTO.- El último contrato de la actora data de 1 de septiembre de 2009; contrato de trabajo de interinidad/duración determinada, para prestar sus servicios en el IES LAUDIO BHI, en la categoría de personal de limpieza. Continúa vigente. "

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: "**ESTIMO** la demanda formulada por Doña Tamara contra el Departamento de Educación del Gobierno Vasco, en consecuencia, se declara que la relación laboral que vincula a la actora con el GV debe calificarse como una **relación laboral fija**, condenando al Departamento de Educación del Gobierno Vasco a estar y pasar por esta declaración con las consecuencias legales inherentes."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que no fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- El Juzgado de lo Social nº 1 de Vitoria dictó Sentencia el 30-10-2023, procedimiento 135/22, en la que estimó la demanda interpuesta por la trabajadora, relativa a la declaración de relación fija con la entidad demandada, y ello por entender que la extensa relación laboral mantenida, y el último contrato suscrito el 1-9-2009, implicaban el que se consolidase una posición de fijeza por cuanto que esa oposición del año 2001 que superó la demandante llevaba consigo el acceso a un puesto fijo por causa de las irregularidades en la contratación.

Interpone recurso de suplicación la parte demandada y, en un único motivo, por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS, denuncia la infracción del art. 15 ET entendiendo que: la relación inusualmente larga de la demandante puede incluirse en el supuesto de relación indefinida no fija, pero no de fija; y, que no habiéndose superado la totalidad de las fases de la convocatoria de 2001, no se adquirió plaza, y ello imposibilita el que se objetive una situación de fijeza.

El recurrente enuncia de manera suficiente la denuncia que formula y alude a un criterio que en la actualidad es el que ha sido aceptado por el TS -sentencia de 8-11-23, rc 3499/22-, sobre la imposibilidad de acceder a una plaza fija sin superar la totalidad de las fases de la convocatoria de acceso. En efecto, en contra del razonamiento que venía manteniendo esta Sala de lo Social del TSJPV, y del que se hace eco la Sentencia de instancia, y que, a su vez, se apoyaba en la interpretación que se venía realizando de la doctrina del TS (STS 16-11-2021, Rec. 3245/19), se ha venido a señalar ahora por el TS -rec. 3499/22- que la superación de una convocatoria si no es de la totalidad de las fases de la misma, con adjudicación de plaza, no integra un caso de acceso a la Administración con los requisitos del art. 103 CE, referentes a publicidad, mérito y capacidad. En base a dicho criterio, y ciñéndonos a nuestro caso, hubiésemos podido establecer que la reproducción que se realiza de la convocatoria de 2001 y la no superación por parte de la trabajadora de todas las fases previstas, lleva consigo el que, tal y como enuncia la parte recurrente, consta que no se superó en su totalidad el proceso selectivo, y, en consecuencia, no sea posible alcanzar la condición de fijeza, y, exclusivamente, la consecuencia deducible es la declaración de personal indefinido no fijo de la parte actora.

Sin embargo, no vamos obtener esta conclusión, y para razonarlo debemos realizar dos consideraciones al efecto: la primera, es que en la actualidad el criterio que debemos considerar es el manifestado en la Sentencia del TJUE de 22-2-2024, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22. De esta doctrina se deducen dos referencias: en primer término, que los principios de acceso a la Administración por la vía del art. 103 CE pueden ser obviados desde la perspectiva de las garantías de un trabajo estable y permanente y la interpretación que se realiza de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18-3-1999, Anexo de la Directiva 1999/70; y, segundo, que para evitar los perjuicios de una duración excesiva e inusualmente larga en la contratación temporal y posible abuso de la misma, y en este caso concurre, la consecuencia es la adquisición de una condición y vinculación relacional dentro del trabajo fijo y permanente, sin elementos de precariedad o inestabilidad como sería el que se constata con la contratación temporal indefinida que es el que se subsume en el supuesto de trabajador indefinido no fijo; y, la segunda consideración es que estamos obligados a justificar el cambio de criterio respecto a nuestros precedentes, para atender, con ello, a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE (STC 11-12-2006, Rec. 349/2006). El cambio de criterio lo apoyamos en la doctrina del TJUE que hemos enunciado - sentencia de 22-2-24-, y de la misma deducimos la cualidad de trabajador fijo.

Por último, dictamos en este recurso Providencia de suspensión, y en la presente Sentencia se alza la misma. La causa de ello ha sido: primero, en principio no consta que a raíz de la Sentencia del TJUE de 22-2-24 se haya adoptado algún criterio definitivo por el TS sobre esta materia; segundo, en principio el planteamiento de cuestiones prejudiciales no suspende el procedimiento (TS 30-11-2023, Rec. 571/22); y, tercero, el nuevo art. 43 bis, 2 LEC posibilita la suspensión del recurso por el planteamiento de la cuestión prejudicial, pero en la fecha de hoy la misma no consta planteada sino en los términos resueltos en la Sentencia referida del TJUE de 22-2-24, por lo que para evitar dilaciones es conveniente el dictado de la presente, atendiendo al denominado control de convencionalidad.

Se hace declaración de costas, art. 235 LRJS, sin incluir los honorarios de letrado de la parte impugnante al no constar impugnación al recurso.

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

FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Vitoria de 30-10-2023, procedimiento 135/22, por don Pedro Francisco, Letrado del Servicio Jurídico Central de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la que se confirma, imponiendo las costas del recurso a la recurrente.

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, devuélvanse 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/

VOTO PARTICULAR

que formula la Ilma. Sra. Magistrada doña Maite Alejandro Aranzamendi en el Recurso 229/2024, 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, discrepo de la misma en el sentido de que considero debería haberse suspendido el trámite tal y como ha acordado la mayoría de este tribunal -siguiendo un acuerdo de pleno no vinculante-, en otros recursos a propósito de la pretensión de declaración de fijeza de empleados públicos con contratos temporales inusualmente largos.

Parto 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.

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, que impide la declaración de fijeza como solución a esa problemática. La última sentencia que destaco es la de TS 08/11/2023 rcud 3499/2022, que matiza 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 bases de la convocatoria de acceso, provocando que este TSJPV tuviera que modificar su criterio para adaptarlo al del alto tribunal. La reciente 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, en el sentido de 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, debido al 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, y el 07/03/2024 se ha anunciado públicamente por la sala IV del TS el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial, ante las dudas que se le plantean sobre la interpretación de la sentencia. 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), pero 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 c-464/21, 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. Y resaltando que el TJUE en la sentencia de 22/02/2024 (c-59/22, c-110/22 y c-159/22) no ha sido categórico ni ha afirmado que la fijeza fuera la única solución y, en cualquier caso, 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, afirmando el tribunal europeo que no es adecuada una indemnización que se abone independientemente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos, surgiendo la duda entonces que si lo sería si se realizara dicha consideración. Dudas estas, y otras muchas, que afectan a esta juzgadora, y que están provocando 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, 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 la misma sentencia de este TSJPV que nos ocupa, favorable 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. Tengo conocimiento, por otro lado, de que en otros territorios se está acordando también la suspensión del trámite. Mi criterio es, por tanto, por un principio de seguridad jurídica dentro de esta comunidad y acatando el criterio mayoritario de este tribunal, a favor de haber dado traslado a las partes a fin de que manifestaran su parecer sobre la suspensión del trámite, siendo así que hasta el momento están contestando a favor de suspenderlo. Todo ello en el entendimiento de que el Tribunal Supremo planteará en breve la cuestión prejudicial y será plenamente aplicable el artículo 43 bis 2 LEC (vigente desde el 20/03/2024), y que dicha medida no ha de perjudicar a las partes ya que en cualquier caso dicho planteamiento provocará probablemente también la suspensión por el Tribunal Supremo del trámite de los recursos de casación para la unificación de la doctrina planteados a propósito de esta cuestión. 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 la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, junto con el Voto Particular de la Ilma. Sra. Magistrada D^a Maite Alejandro Aranzamendi 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.

