



Roj: **STS 4472/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4472**

Id Cendoj: **28079149912021100095**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **25/11/2021**

Nº de Recurso: **2337/2020**

Nº de Resolución: **1163/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 3424/2020,**
STS 4472/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 1.163/2021

Fecha de sentencia: 25/11/2021

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 2337/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Procedencia: T.S.J. GALICIA SOCIAL SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

Transcrito por: MCP

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2337/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 1163/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol



D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 25 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de Xunta de Galicia, en nombre y representación de la Consellería de Economía, Empleo e Industria de la Xunta de Galicia, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 16 de junio de 2020, en recurso de suplicación nº 5330/2019, interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de junio de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Ourense, en autos nº 403/2019, seguidos a instancia de la trabajadora D^a Casilda contra la Consellería de Economía, Empleo e Industria de la Xunta de Galicia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de junio de 2019, el Juzgado de lo Social número Tres de Ourense, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la pretensión formulada por Casilda contra la CONSELLERIA DE ECONOMICA, EMPREGO E INDUSTRIA, debo declarar y declaro indefinida no fija la relación laboral que une a las partes desde el 14-4-10 y con la categoría de Maestro de taller, condenando a la demandada a estar y a pasar por esta declaración."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La actora empezó a prestar servicios para la FUNDACION PARA O FOMENTO DA CALIDADES INDUSTRIAL E O DESENVOLVEMENTO TECNOLOXIVO DE GALICIA en el laboratorio oficial de Metroloxia de Galicia en fecha 14-4-10 mediante el contrato de obra que consta en autos y que se da por reproducido como auxiliar técnico. En fecha de 1-1-14 se adscribe a la demandante a la Conselleria demandada conforme decreto 134/2013 que consta en autos y se da por reproducido.

SEGUNDO.- La Fundación era un medio propio instrumental y de servicio técnico de la Conselleria de Economía e Industria de la Xunta de Galicia.

TERCERO.- La demandante realiza las funciones que constan en autos en el documento número 7 aportadas por la demandante y que se da por reproducida al constar en autos, funciones que realizan los maestros de Taller y lleva a cabo calibraciones en laboratorio y en centros públicos y privados de toda Galicia como en COASA, PSA CITROEN,...

CUARTO.- El 6-3-10 la Fundación publica las bases de la convocatoria para cubrir 4 puestos de auxiliar técnico en el Laboratorio Oficial de Metroloxia de Galicia cuyo contenido consta en autos y se da por reproducido y se publica en el Correo Gallego. El 18-3-10 se realiza el listado definitivo de la primera fase y el 29-3-10 se realiza la lista de la segunda fase y el 5-4-10 se realiza la selección.

QUINTO.- La actora presentó reclamación previa el 4-4-19 que fue desestimada el 18-6-19 presentando demanda en el Decanato el 27-5-19."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación letrada de D^a Casilda, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 16 de junio de 2020, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de doña Casilda, contra la sentencia de fecha veinticinco de junio del año dos mil diecinueve, dictada por el Juzgado de lo Social núm. tres de los de Ourense, en proceso promovido por la recurrente frente a la Consellería de Economía, Empleo e Industria, debemos revocar en parte la misma y estimando la demanda rectora de las presentes actuaciones, en su pretensión principal, declaramos que la actora tiene la condición de trabajadora fija de la Administración demandada, condenando a la demandada



a estar y pasar por dicho pronunciamiento, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por la Letrada de Xunta de Galicia, en nombre y representación de la Consellería de Economía, Empleo e Industria de la Xunta de Galicia, se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, en fecha 18 de enero de 2018 (recurso 1316/2017).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y no habiéndose personado la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser considerado procedente, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 5 de octubre de 2021. Estimando la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedía su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial, a tal efecto, se suspendió el señalamiento acordado para su celebración en el día de la fecha, trasladando el mismo para el día 20 de octubre de 2021, convocándose a todos los Magistrados de la Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La actora superó un proceso de selección para la contratación temporal convocado por una fundación pública. Suscribió un contrato de trabajo temporal, que se ha declarado fraudulento. La controversia radica en determinar si la demandante adquiere la condición de trabajadora fija del sector público o la de indefinida no fija.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Ourense en fecha 25 de junio de 2019, procedimiento 403/2019, declaró que la demandante tenía la condición de indefinida no fija.

La trabajadora interpuso recurso de suplicación, que fue estimado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 16 de junio de 2020, recurso 5330/2019, la cual declaró que la relación laboral de la actora con Administración demandada tiene carácter indefinido fijo.

2.- La parte demandada interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, formulando un único motivo en el que denuncia la infracción del art. 103 de la Constitución.

La parte actora no se personó. El Ministerio Fiscal informa a favor de la procedencia del recurso.

SEGUNDO.-1.- En primer lugar, debemos examinar el requisito de contradicción exigido por el art. 219 de la LRJS. En la sentencia recurrida, la actora había prestado servicios para la Fundación para el Fomento de la Calidad Industrial y Desarrollo Tecnológico de Galicia. Suscribió en fecha 14 de octubre de 2010 un contrato para obra o servicio determinado con la categoría de auxiliar técnico. Fue contratada tras superar un proceso selectivo, convocado por la citada Fundación, para cubrir cuatro puestos de trabajo mediante contratos de duración determinada. El 1 de enero de 2014 fue adscrita a la Consejería de Economía e Industria de la Junta de Galicia. El Tribunal Superior de Justicia argumenta que no se discute el carácter indefinido de la relación existente entre las partes, siendo la cuestión a resolver si la misma debe ser considerada fija o indefinida no fija. La Sala reconoce el carácter indefinido fijo de la relación, al haber accedido la actora al puesto de trabajo tras la superación de un proceso selectivo y sin que a ello obste que el mismo fuera convocado por la Fundación inicialmente contratante y no por la Consejería demandada porque el art. 4 del Decreto 134/2013 de la Junta de Galicia ya se prevé que los trabajadores de la Fundación se integrarían en la Agencia Gallega de Innovación con las mismas condiciones que venían rigiendo la relación laboral. Y en el caso de autos la relación laboral de la actora con la Fundación era de carácter indefinido fijo desde su inicio.

2.- La parte recurrente cita dos sentencias de contraste. En primer lugar, invoca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 11 de junio de 2020, recurso 5173/2019. Esta sentencia no es idónea a estos efectos por haber sido recurrida en casación para la unificación de doctrina, pendiente de resolución.

En segundo lugar, cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de fecha 18 de enero de 2018, recurso 1316/2017. Los demandantes fueron contratados por la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía, suscribiendo contratos por obra o servicio determinado tras la superación del proceso de selección de puesto de trabajo no estructural para contrato de trabajo temporal en su categoría profesional. Estos trabajadores reclamaron que se les reconociera la condición de fijo indefinido. La sentencia referencial argumenta que estos trabajadores no han superado un proceso de concurso oposición alguno regido por los principios de mérito y capacidad, sino un proceso de selección para la contratación temporal.



3.- Concorre el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste. En ambas resoluciones, los demandantes son empleados públicos. Los dos habían participado en un proceso de selección de personal temporal y demandaron ser declarados indefinidos fijos por entender que habían superado un proceso que cumplía con los requisitos de igualdad, mérito y capacidad. La sentencia recurrida estima su pretensión, mientras que la de contraste la rechaza, por lo que no se cumplen los principios señalados.

TERCERO.-1.- La cláusula 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, aplicado por la Directiva 1999/70/CE, dispone:

"A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales."

2.- El Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) estatuye:

a) Disposición adicional 15ª.1:

"Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo."

b) Disposición adicional 16ª, párrafo 3º:

"Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior."

3.- El Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) acuerda:

a) Art. 8.2.c):

"Los empleados públicos se clasifican en:

c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal."

b) Art. 11.1:

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

c) Aun cuando no es aplicable a la presente litis por razones temporales, resulta ilustrativo el apartado 3 del art. 11, añadido por el Real Decreto-ley 14/2021:

"Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia."

d) Art. 55:



"1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.

2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados [...]"

e) Disposición adicional primera:

"Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica".

CUARTO.- 1.- La sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021, Imidra, C-726/19, compendia la doctrina del Alto Tribunal interpretativa de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, aplicado por la Directiva 1999/70/CE:

"49 [...] el Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada [...]"

73 [...] la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los "trabajadores indefinidos no fijos" podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco [...]"

79 [...] la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional [...]"

80 Pues bien, una disposición del Derecho de la Unión de esta índole, carente de efecto directo, no puede invocarse como tal en un litigio sometido al Derecho de la Unión con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria [...]"

81 Por consiguiente, un tribunal nacional no está obligado a dejar sin aplicación una disposición de Derecho nacional contraria a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco [...]"

82 Dicho esto, es necesario recordar que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero".

2.- La sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del TS de 22 de julio de 2013, recurso 1380/2012, explica que "la incorporación de la referencia a los indefinidos en el EBEP no ha tenido por objeto recoger la figura del indefinido no fijo delimitada por la jurisprudencia, ni crear con carácter general un "tertium genus" entre fijos o temporales [...] (sino) que "también el profesorado de religión esté contemplado en este artículo".

3.- Esta Sala se ha pronunciado en cinco ocasiones en el sentido de que la superación de un proceso de selección para la contratación temporal por una Administración pública no supone que, si el contrato temporal es fraudulento, el trabajador adquiera la condición de fijo.

a) La sentencia del TS de 2 de julio de 2020, recurso 4195/2017, declaró que el fraude en la contratación de un trabajador de una entidad de derecho público determina que adquiera la condición de trabajador indefinido no fijo, aun cuando hubiera superado un proceso selectivo para un puesto temporal, explicando que "No empecé tal conclusión el hecho de que el demandante, con anterioridad a cada una de sus contrataciones superara un proceso selectivo -pruebas físicas de carácter excluyente, además de conocimiento de idioma catalán, a una entrevista personal y baremación de méritos alegados- ya que dichas pruebas se realizaban para, atendiendo al puesto que hubiesen obtenido, seleccionar a las personas trabajadoras con las que se iba a celebrar un contrato temporal, pero no se trataba de pruebas para el acceso a una plaza fija en la empresa".

b) La sentencia del TS 17 de septiembre de 2020, recurso 154/2018, examinó un supuesto en que la contratación temporal había estado precedida por un proceso selectivo que consistió "en una entrevista (seis puntos) y en una valoración del currículum de los candidatos (cuatro puntos)". Este Tribunal argumentó: "La sentencia recurrida considera que "este proceso de selección pudo ser adecuado para los fines que se perseguían en ese momento, esto es la suscripción de contratos temporales para obra y servicio determinados, pero en modo alguno es suficiente para el acceso a la fijeza pretendida", toda vez que "este procedimiento de selección no cumple los requisitos que deben cumplirse para el acceso con carácter de fijeza a un puesto en la Administración Pública [...]" La Sala comparte el razonamiento y la conclusión de la sentencia recurrida."



c) Esa doctrina fue reiterada por la sentencia del TS de 30 de septiembre de 2020, recurso 112/2018, la cual explicó que "el acceso de los trabajadores a los que afecta el presente conflicto colectivo se produjo tras superar una entrevista personal, en donde no aparece de manera clara que se hayan cumplido los requisitos de acceso exigidos constitucionalmente, tal y como resulta del artículo 103 de la Constitución".

d) En el mismo sentido, las sentencias del TS de 26 de enero de 2021, recurso 71/2020 y 5 de octubre de 2021, recurso 2748/2020, niegan que el fraude en la contratación temporal determine que los trabajadores adquieran la condición de fijos de una fundación pública: "no cabe conmutar automáticamente los requisitos de acceso ajustados a los repetidos principios que lo gobiernan legalmente, con las bases, entrevistas o revisión de CV diseñadas en el inicio para una contratación temporal de personal interino por vacante. Los objetivos, finalidades y la necesidad de dar respuesta a situaciones de muy diversa índole que configuran de una u otra relación de servicios resultan claramente divergentes."

4.- Por el contrario, la sentencia del TS de fecha 16 de noviembre de 2021, recurso 3245/2019, sí que reconoció la condición de trabajadora fija de Aena SA a una empleada que había superado un proceso selectivo para la cobertura de plazas fijas, sin obtener plaza, pasando a la bolsa de candidatos con reserva. Ocupó una plaza que, aunque había suscrito un contrato temporal, no tenía tal naturaleza. Este tribunal explicó que el art. 25 del I Convenio Colectivo del Grupo de empresas Aena regulaba la situación de los candidatos que, habiendo superado las pruebas selectivas para la contratación de personal fijo, hubieran aprobado sin plaza, constituyendo una bolsa de candidatos en reserva "que se utilizará, mientras esté vigente, para posteriores contrataciones con carácter fijo o temporal de la misma ocupación". Por su parte, el art. 28 de esa norma colectiva establecía que "las contrataciones de carácter fijo se realizarán a través de los procesos de selección externa. Además, las contrataciones de carácter fijo se realizarán a través de la bolsa de candidatos en reserva a que se refiere el artículo 25 de este Convenio Colectivo." En consecuencia, los principios de mérito y capacidad se pusieron de manifiesto mediante la participación de la actora en una convocatoria pública para ocupar plazas fijas que superó satisfactoriamente, por lo que se le reconoció la condición de trabajadora con una relación fija.

QUINTO.- 1.- La aplicación al supuesto enjuiciado de la referida doctrina jurisprudencial, por unos elementales principios de seguridad jurídica e igualdad y ante la inexistencia de razones para llegar a la conclusión contraria, obliga a declarar que la relación laboral de la actora con la Junta de Galicia tiene naturaleza indefinida no fija.

La relación laboral indefinida no fija pretende solucionar el conflicto entre dos principios opuestos: la estabilidad en el empleo cuando se vulneran las normas que disciplinan el contrato temporal y el acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El TJUE sostiene que dicha figura podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada (sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C- 184/15 y C-197/15, apartado 53 y 3 de junio de 2021, Imdra, C-726/19, apartado 49) y que la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco carece de efecto directo, por lo que no puede excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria (sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021, Imdra, C-726/19, apartado 80).

El derecho fundamental de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, reconocido en el art. 23.2 de la Constitución, no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral (sentencia del TC número 132/2005, de 23 mayo, F 2). Pero el acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad sí que está establecido en normas con rango de ley (disposición adicional 15ª.1 del ET y art. 55 y disposición adicional primera del EBEP).

2.- La mera superación de un proceso selectivo para la suscripción de un contrato de trabajo temporal no garantiza que se hayan cumplido dichos principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público exigidos por el Derecho nacional. En tal caso, la adquisición de la condición de trabajador fijo no dependería de que los méritos del empleado fueran superiores sino de la aleatoriedad de que en su relación laboral concurriera alguna de las causas determinantes de que la relación laboral sea por tiempo indefinido. La condición de trabajador con un contrato de duración indefinida no fija puede deberse a diferentes causas: contratación temporal ilícita, superación del plazo máximo de duración del contrato de trabajo previsto en los arts. 15.1.a) y 15.5 del ET, duración inusualmente larga del contrato de interinidad por vacante...

Conforme a la tesis de la parte actora, podría suceder que una Administración pública convocase un proceso selectivo para cubrir varios puestos de trabajo vacantes mediante contratos temporales, que los contratos de los trabajadores que obtuvieron mayor puntuación en el proceso selectivo se extinguieran lícitamente por la cobertura reglamentaria de las plazas que ocupaban porque tenían naturaleza temporal; mientras que el trabajador que obtuvo peor puntuación en el proceso selectivo, al ser destinado a un puesto de carácter estructural, adquiriría la condición de trabajador fijo de la Administración pública.



3.- Cuando la convocatoria se dirige a la provisión temporal de un puesto de trabajo, cuya duración prevista puede ser muy breve, se vulnerarían los principios de igualdad, mérito y capacidad si el mentado trabajador adquiriese la condición de fijo.

En efecto, hay una gran diferencia entre la convocatoria de un proceso de selección para la cobertura de una plaza fija y de una plaza temporal, cuya duración prevista puede ser mínima. Ese elemento de temporalidad o fijeza de la convocatoria es determinante de la decisión de los ciudadanos en orden al ejercicio de su derecho a la libre concurrencia en el acceso al empleo público. Un gran número de ciudadanos están preparando las pruebas selectivas para la cobertura definitiva de esas mismas plazas. El carácter temporal de la convocatoria puede resultar decisivo a la hora de determinar si el ciudadano participa en el proceso. Si se hubiera convocado una plaza fija, los interesados potenciales en participar en el proceso selectivo serían muchos más que los que participaron en la cobertura de una plaza temporal.

4.- Asimismo, el nivel de exigencia de los principios de mérito y capacidad está condicionado por la naturaleza temporal o fija del puesto de trabajo objeto del proceso de selección. Aun cuando no sea aplicable por razones temporales, resulta ilustrativo el art. 11.3 del EBEP, que contiene dos menciones:

1) En la primera exige que la selección del personal laboral se realice mediante un procedimiento público sujeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Dichos principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad permiten que cualquier ciudadano pueda acceder al empleo público y redundan en la mejora del servicio público.

2) La segunda se refiere específicamente al personal temporal, mencionando el principio de celeridad por razones de necesidad y urgencia.

Esa norma revela la existencia de diferencias esenciales entre el acceso al empleo público fijo y el acceso al empleo temporal. La celeridad, necesidad y urgencia que caracterizan la cobertura temporal del empleo público, condicionan los requisitos de mérito y capacidad exigibles a los aspirantes. La sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del TS de fecha 23 de septiembre de 2002, recurso 2738/1998, explica que "las exigencias de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad [...] no pueden proyectarse con el mismo nivel de intensidad sobre el personal interino, cuya selección, como dice el precitado Auto de 12 de diciembre de 1999, "lógicamente exige menos rigor en la selección", habida cuenta de que a través de la misma se trata de cubrir necesidades sobrevenidas y perentorias, insusceptibles de una cobertura previamente planificada".

5.- En consecuencia, de conformidad con la citada doctrina jurisprudencial, este tribunal debe concluir que en la presente litis el proceso de selección pudo ser adecuado para la suscripción de contratos temporales pero no se ha acreditado que sea suficiente para que la actora adquiera la condición de trabajadora fija porque no se ha probado que cumpla los requisitos de igualdad, mérito y capacidad exigidos para el acceso con carácter de fijeza al empleo público.

Por ello, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de desestimar dicho recurso, confirmando la sentencia de instancia. Sin pronunciamiento sobre costas (art. 235 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de la Xunta de Galicia.

2.- Casar y anular la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 16 de junio de 2020, recurso 5330/2019.

3.- Resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de desestimar el recurso de dicha clase interpuesto por D^a Casilda , confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Ourense en fecha 25 de junio de 2019, procedimiento 403/2019. Sin pronunciamiento sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR



QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. ÁNGEL BLASCO PELLICER A LA SENTENCIA DEL PLENO DELIBERADA EL 17 DE NOVIEMBRE DE 2021, Rcd. 2337/2020, AL QUE SE ADHIERE LA EXCMA. SRA. D^a MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulo Voto Particular (VP) discrepante para exponer la tesis que sostuve en la deliberación, acogéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la debida consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala por cuanto que, por las razones que seguidamente paso a exponer. no comparto el pronunciamiento de fondo alcanzado, que tenía que haber desestimado el recurso y confirmado la sentencia recurrida, en un supuesto en el que la cuestión fundamental que se plantea consiste en determinar cuál es la naturaleza de la relación laboral (fija o indefinida no fija) en un supuesto en el que la actora, tras superar las correspondientes pruebas selectivas de acceso a puestos de trabajo temporales, fue contratada por obra o servicio determinado mediante sucesivos contratos que fueron calificados de fraudulentos.

1.- La figura del trabajador indefinido no fijo es de creación jurisprudencial. En efecto, partiendo del uso excesivo de la temporalidad en el sector público y de la ausencia en nuestro ordenamiento de medidas efectivas contra tal utilización de la contratación temporal unida a la inexistencia de responsabilidades efectivas para quienes lleven a cabo contrataciones irregulares en las administraciones públicas, nuestra jurisprudencia señaló que la contratación laboral en la Administración Pública al margen de un sistema selectivo que garantice los principios de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido. Surgirá así la calificación como "indefinido no fijo" que obedece a que el contrato de trabajo no está sometido a ningún término -por ello es indefinido-; pero, al mismo tiempo, el trabajador no puede pasar a formar parte de la plantilla fija del ente público -de ahí su calificación como "no fijo"- pues deberá cesar en su prestación de servicios cuando el puesto de trabajo que ocupa se haya provisto por el ente público a través de los procedimientos reglamentarios que respeten los aludidos principios de mérito y capacidad (SSTS de 20 de enero de 1998, Rcd.317/1997 y de 21 de enero de 1998, Rcd. 315/1997 y todas las que han seguido).

2.- Desde entonces, la Administración no ha arbitrado un sistema que permita ordenar normativamente la situación de los trabajadores contratados temporalmente en fraude de ley, que según el artículo 15.3 se presumen celebrados por tiempo indefinido con el necesario respeto a los principios de acceso al empleo público de igualdad, mérito y capacidad. Ni siquiera ha respaldado legalmente, sin ambages, la aludida figura del indefinido no fijo. Así, ni el EBEP contempló esta posibilidad pues la referencia a los trabajadores contratados por tiempo indefinido que, junto a los fijos y temporales luce el artículo 8.2 EBEP se refiere a los indefinidos no fijos (STS de 22 de julio de 2013, Rcd. 1380/2012). Únicamente puede entenderse que existe una referencia, ciertamente indirecta, a los indefinidos no fijos en la Disposición Adicional 15^a ET en la que, tras declarar aplicable a los contratos celebrados por las administraciones públicas el límite temporal del contrato de obra o servicio y el encadenamiento de contratos, establece que tal aplicación se llevará a cabo "sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable"; añadiendo que "En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo". Sin embargo, tanto la DA 34^a de la Ley 3/2017 de Presupuestos Generales del Estado para 2017 como la DA 43^a de la Ley 6/2018 de Presupuestos Generales del Estado para 2018, tras reseñar que "Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, ... siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público" establecen que "Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental... no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial". Y, por último, la Ley 11/2020 de Presupuestos Generales del Estado de 2021, al establecer límites a la incorporación de personal de nuevo ingreso con una relación indefinida en el sector público y la correspondiente tasa de reposición, establece que no computarán para el límite máximo de tasa "las plazas correspondientes al personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial".



En definitiva, el legislador conoce y maneja la figura del indefinido no fijo; pero ni ha configurado un concepto unívoco de la misma ni, mucho menos, ha sido capaz de dotarla, en casi veinticinco años, de un mínimo régimen jurídico que le de sentido, autonomía y, especialmente seguridad jurídica. Es claro que el legislador conoce que el indefinido no fijo nace por cuanto que ingresa en el sector público a través de procedimientos de ingreso que no cumplen los principios de acceso al empleo público; pero sus referencias son siempre tangenciales e instrumentales a otros fines, no estableciendo diferencias entre el régimen jurídico del acceso de los trabajadores fijos o temporales.

3.- La consecuencia de cuanto se lleva indicado es que el régimen jurídico de la relación de los indefinidos no fijos se ha llevado a cabo por nuestra jurisprudencia al resolver los múltiples conflictos que la anomía legislativa ha ido propiciando, asemejando su situación a la del personal fijo, dada la progresiva asimilación que esta Sala ha venido haciendo del estatuto jurídico de tal categoría de trabajadores con el de los fijos. En efecto, junto con el reconocimiento de indefinidos no fijos a los trabajadores que han sido objeto de contratos temporales fraudulentos o que han superado los límites del contrato de obra o del encadenamiento de contratos, o, incluso que han sido objeto de cesiones ilegales o han estado incursos en reversiones de contratos; la Sala ha considerado como indefinidos no fijos a los trabajadores vinculados con un contrato temporal de duración injustificadamente larga (SSTS de 24 de abril de 2019, Rcd. 1001/2017 y de 28 de junio de 2021, Rcd. 3263/2019; entre muchas otras), a los contratados por sociedades mercantiles públicas (SSTS de 17 de junio de 2020, Rcd. 1911/2018 y de 29 de abril de 2021, Rcd. 2386/2018, entre muchas otras). Igualmente hemos admitido la figura del contrato indefinido no fijo de carácter discontinuo (SSTS de 11 de abril de 2018, Rcd. 2581/2016).

Hemos reafirmado, también, la exigencia de igualdad de trato en las condiciones laborales entre el personal fijo y el indefinido no fijo (Por todas: STS de 2 de abril de 2018, Rec. 27/2017). Y, en cuanto a la extinción de este tipo de contratos, hemos afirmado que la amortización de su puesto de trabajo debe realizarse siguiendo los procedimientos de los artículos 51 ó 53 ET con derecho a una indemnización de veinte días por año trabajado (STS de 8 de julio de 2014, Rcd. 2693/2013 y las que la han seguido); y que la extinción por cobertura de vacante lleva aparejada la indemnización de veinte días por año de servicio (STS de 28 de marzo de 2017, Rcd. 1664/2015 y posteriores).

4.- La cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre contratación temporal incorporado a la Directiva 1999/70/CE, de indudable aplicación en el ámbito del empleo público, establece que "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".

La STJUE de 19 de marzo de 2020 (Sánchez Ruiz, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18) ha establecido que la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos empleados públicos en "indefinidos no fijos" y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de esa disposición.

Con carácter general, el reciente Auto del TJUE de 30 de septiembre de 2020 ha señalado con rotunda claridad que "La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro que prohíbe con carácter absoluto, en el sector público, la transformación de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, cuando tal legislación no contenga, en lo que atañe a ese mismo sector público, ninguna otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada". Con cita de varias sentencias del propio TJUE, el Auto establece que de ello se desprende que, para que una normativa nacional que prohíba, en el sector público, la transformación



en contrato de trabajo de duración indefinida de una sucesión de contratos de duración determinada, pueda considerarse conforme al convenio marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe incluir, en dicho sector, otra medida eficaz para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de los sucesivos contratos de duración determinada. Tales medidas no existen en el ordenamiento jurídico español en lo que se refiere a la sucesión de contratos temporales en la Administración Pública, salvo la posibilidad de convertirlos en indefinidos no fijos, de conformidad con la doctrina jurisprudencial al efecto.

Ello implica que cuando el Derecho de la Unión no prevea sanciones específicas en el caso de que se hayan constatado abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que deben ser de carácter no solo proporcionado, sino también suficientemente eficaces y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del acuerdo marco (SSTJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C - 212/04, y de 7 de marzo de 2018, Santoro, C - 494/16, EU: C: 2018: 166, punto 29).

Por otra parte, como hemos puesto de relieve en anteriores ocasiones (por todas: STS de 17 de octubre de 2016, Rec. 36/2016) el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento con motivo de la adhesión, habiendo sido aceptado por la propia CE en virtud de su art. 93STC 145/2012). En consecuencia, como se dice en la STS de 23 de marzo de 2015 (rcud 2057/14), no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque de conformidad con el art. 234 del Tratado de la UE-anterior art. 177-, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el Tribunal Supremo y ha de acatarla. Y, además, cuando los términos de la Directiva que no ha sido transpuesta en plazo o lo ha sido indebidamente, son claros, terminantes e incondicionados, se abren distintas posibilidades: 1º) su aplicación directa en los litigios entre los particulares y la Administración Pública del Estado, eficacia vertical; 2º) tratándose en cambio de un litigio entre particulares, eficacia horizontal, entra en juego el principio de interpretación conforme que obliga a analizar la posible aplicación del derecho interno adecuada a las previsiones de la Directiva; 3º) y de no ser factible una interpretación conforme, no le queda al particular perjudicado otra opción que reclamar una indemnización por daños y perjuicios al Estado infractor.

Lo anteriormente transcrito abona a una conclusión clara, cual es, que la Sala debe aplicar la norma nacional de forma que el efecto útil de la Directiva comunitaria quede preservado.

5.- Al efecto, conviene recordar que el artículo 11.3 EBEP establece, para todo tipo de contrato laboral -fijo o temporal- que los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. Añade que en el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia. Por tanto, es claro que, salvo prueba en contrario, la contratación temporal llevada a cabo por cualquier ente del sector público debe haber sido, en cumplimiento del citado artículo del EBEP con pleno respeto a los principios de igualdad, capacidad y mérito. Y sobre esa afirmación deben operar las decisiones de la Sala, más aún en un supuesto como el presente en el que consta acreditado que la selección de la actora para el acceso al empleo público temporal se llevó a cabo mediante un proceso selectivo en el que se respetaron los antedichos principios.

La solución que mantiene la sentencia recurrida ante el panorama fáctico descrito es considerar a la actora como personal indefinido no fijo. Ocurre, sin embargo, que la figura del indefinido no fijo requiere para tener la consideración de medida respetuosa con el principio de igualdad entre los españoles (artículo 14 CE), elemento fundamental sobre el que se asienta la configuración constitucional del Estado, que el acceso al empleo público no se haya llevado a cabo de conformidad con los principios de igualdad, capacidad y mérito; cosa que aquí no ha sucedido pues, como ha quedado dicho, el acceso al puesto de trabajo temporal se realizó mediante concurso en el que se respetaron los aludidos principios. Por tanto, ya no hay impedimento para aplicar, en toda su extensión e intensidad el artículo 15.3 ET según el que se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley. La actuación de la Administración demandada que, por un lado, convocó pruebas selectivas para la ocupación de un puesto de trabajo temporal que, en realidad era un puesto estructural; y, por otro, celebró, sin solución de continuidad varios contratos de obra o servicio determinados cuya calificación de fraudulentos resulta palmaria y no se discute, no puede perjudicar al trabajador no sólo porque ha sido ajeno a tal actuación empresarial de la entidad local demandada, sino de manera especial porque está protegido por el derecho comunitario y por el derecho interno, sin que a ello obste que las pruebas selectivas, pruebas que fueron superadas por la demandante, lo fueran para cubrir el puesto de trabajo en régimen de contratación laboral temporal; pues únicamente la Administración es la responsable de haber limitado el objeto de la convocatoria de las pruebas de acceso a plazas temporales, cuando sabía que se trataba de cubrir necesidades de carácter estructural y cuando siguió renovando sucesivamente los iniciales contratos en fraude de ley.



6.- Es, por tanto, la doctrina contenida en la sentencia recurrida la que contiene la doctrina correcta; por lo que, de conformidad con lo razonado, y oído el Ministerio Fiscal, se impone la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida. Sin costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO A LA SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO DE LA SALA CUARTA EN EL RECURSO DE CASACIÓN UNIFICADORA 2337/2020.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), formulo Voto Particular (VP) a la sentencia dictada en el recurso de casación unificadora número 2337/2020 para exponer la tesis que sostuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC. Vaya por delante no solo mi máximo respeto al criterio mayoritario y a los argumentos en que se basa, sino también mi conformidad con la mayoría de ellos.

Considero, sin embargo, que las diversas argumentaciones que sobre temas análogos viene realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acaban por suscitar la duda de si realmente la construcción tan matizada que nuestra jurisprudencia ha realizado acerca del personal indefinido no fijo (PINF) es realmente compatible con las exigencias del Derecho de la Unión Europea (UE), en especial con la Directiva 1999/70/CE incorporando el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Así las cosas, mi propuesta era la de exponer detenidamente el alcance del régimen aplicable al PINF, revisar las exigencias que el Derecho de la UE contiene acerca de las consecuencias de que haya abusos en materia de contratación temporal y suscitar frontalmente la duda a que nos invita el mecanismo colaborativo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y preceptos concordantes.

Primero.- Exposición (de Derecho interno) acerca del PINF.

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) alude a esta categoría de personas que no son fijas pero tampoco mantienen una relación de carácter temporal. También lo hacen Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los últimos años. Sin embargo, lo cierto es que tales disposiciones (que es innecesario examinar ahora) están presuponiendo, que no regulando, el significado y alcance de lo que hemos venido a denominar PINF.

Es nuestra doctrina la que, desde años atrás, ha venido moldeando esa categoría, pretendiendo armonizar con ella las diferentes reglas que confluyen en el ámbito del empleo laboral de carácter público. A diferencia de otros casos análogos de los que ha conocido el TJUE, aquí no se examina el ajuste de una regulación normativa con el Derecho Eurocomunitario, sino de una construcción jurisprudencial. Por eso nuestra cuestión prejudicial debiera haber inventariado los diversos criterios que han acabado moldeándola; entre los principales, hay que destacar los siguientes:

- a) El contrato del PINF se separa del estrictamente temporal. La prototípica causa de finalización por llegada del término final previsto desaparece.
- b) Es innegable la equiparación de derechos en el contenido y dinámica de la relación laboral de este colectivo si se compara con el de quienes están vinculados mediante un contrato de carácter fijo.
- c) Las personas que están vinculadas mediante una relación laboral de carácter indefinido no fijo tienen derecho a concurrir a la provisión de la plaza que desempeñan. Caso de que no la obtengan deben percibir una indemnización similar a la prevista para el despido por causas objetivas.
- d) Si la entidad empleadora amortiza la plaza debe instrumentar los remedios propios del ordenamiento laboral para extinguir el contrato (despido objetivo); en caso contrario, el cese será calificado como un despido (improcedente o nulo).
- e) Lo recién dicho es aplicable a los casos en que, por "funcionarizarse" el puesto desempeñado o por proceder a su convocatoria exigiendo requisitos que impiden la participación de quien la ocupa, el PINF acaba siendo cesado.
- f) Puesto que la existencia de PINF implica la concurrencia de anomalías o ilegalidades, todo lo anterior es compatible con la exigencia de responsabilidades a quienes sean responsables de ellas.

Todas y cada una de las anteriores afirmaciones, claro está, aparecen refrendadas por múltiples decisiones de esta Sala que huelga inventariar en este momento.

Segundo.- Exposición (de Derecho interno y Eurocomunitario) de las razones por las que se postula la aplicación de la categoría de PINF.



El siguiente paso de nuestro planteamiento prejudicial debiera haber consistido en exponer las razones que han abocado a nuestra jurisprudencia a proyectar esta categoría conceptual sobre determinadas relaciones laborales. Resumidamente son las siguientes.

- a) Nuestra Constitución exige que el acceso al empleo público esté presidido por el respeto a los principios de igualdad mérito y capacidad.
- b) El acceso a un empleo público de carácter fijo solo es posible respetando esos principios.
- c) Los abusos o fraudes en materia de temporalidad, que en el ámbito privado comportan la conversión del contrato en fijo, no pueden tener esa consecuencia en el ámbito del empleo público.

Nuestra doctrina viene considerando como una solución armónica con las diversas normas en presencia la atribución de la condición de PINF a quienes han sido víctimas de abuso o fraude en la contratación desde la perspectiva de las normas laborales. De este modo se concilian derechos heterogéneos:

- a) Las personas perjudicadas por los abusos contractuales acceden a un estadio diverso al de personal estrictamente temporal:

* Ya no cabe la válida terminación del contrato por la llegada del término final, la expiración de la obra o servicio.

* Pese a que hubiera finalizado la duración prevista de su contrato o la máxima legalmente admitida para la contratación temporal, poseen derecho a seguir prestando la actividad hasta que se convoquen pruebas para el acceso definitivo al empleo.

* Adquieren el derecho a poder participar en las pruebas para acceder a la plaza ocupada.

* Si se les impide, directa o indirectamente, la concurrencia a las citadas pruebas deben ser despedidos observándose las exigencias procedimentales y las consecuencias indemnizatorias comunes.

* Si, por no concurrir o no superar las pruebas, su plaza acaba siendo ocupada por otra persona deben percibir la indemnización propia del despido objetivo.

- b) Las personas (indeterminadas) que no han podido concurrir a las pruebas para acceder a un empleo fijo ven preservados, al menos relativamente, sus derechos:

* Se preserva la libertad fundamental de circulación de quienes quisieran intentar el acceso a las plazas correspondientes.

* Se tutela el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio de las personas que deseen intentar hacerlo en el ámbito del empleo público.

- c) Las Entidades empleadoras del sector público también ven reforzada de este modo su posición institucional:

* Los principios de mérito y capacidad permiten el reclutamiento de las personas con mejor preparación para desempeñar las tareas correspondientes.

* Se impide la incorporación de personas fijas respecto de las que la entidad empleadora no ha emitido un consentimiento válidamente formado, en línea con lo expresado en ocasiones por el TJUE respecto del acceso a las propias Instituciones comunitarias.

Tercero.- Encaje de la categoría de PINF en la Directiva 1999/70.

En alguna ocasión nuestras sentencias han admitido que la categoría de PINF aparece como un *tertium genus* desde la óptica de la Directiva, que parte de una estricta dicotomía, y por eso el TJUE la subsume en la de personal de carácter temporal para, acto seguido, equiparar sus derechos con quienes poseen fijeza o advertir sobre la necesidad de que los abusos habidos posean tanto una compensación o resarcimiento cuanto un efecto sancionador o disuasorio.

Esta Sala ha venido dando una explicación detallada de las razones por las que considera que la colisión entre la citada norma y nuestra doctrina es inexistente. Sin embargo, las afirmaciones de las diversas sentencias del Tribunal de Luxemburgo sobre esta cuestión no me parecen tan lineales como las reflejadas por la sentencia a la que ahora formulo este VP.

En particular, tanto el fallo cuanto ciertas referencias de la STJUE 11 febrero 2021 (C-760/18) suscitan la duda sobre la compatibilidad entre nuestra construcción sobre PINF y la Directiva de referencia. La diferencia entre el ordenamiento griego (en ella examinado) y el nuestro (que contiene la figura del PINF) puede justificar la pervivencia de la doctrina que, con certeros razonamientos, alberga la sentencia a la que objeto. Ahora bien, considero que debíamos haber activado la facultad contemplada en el artículo 267 TFUE y despejar de ese modo la incertidumbre sobre el particular.

**Cuarto.- Planteamiento de cuestión prejudicial.**

Dada la enorme relevancia que este problema posee y la duda surgida, defendí en el Pleno que debíamos haber abierto el trámite ordenado al planteamiento de cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de nuestra construcción doctrinal (que descarta la conversión en fijo de los contratos, pero establece toda una serie de cautelas) con la Directiva y los propios Tratados Fundacionales.

Los párrafos que anteceden se han limitado a indicar los presupuestos a partir de los que podríamos haber elevado la referida cuestión, con detallada indicación de las referencias a doctrina tanto del TJUE cuanto de nuestro Tribunal Constitucional y de esta Sala Cuarta, así como del alcance de las normas directa o indirectamente mencionadas en este VP (Derecho Originario y Derivado de la UE, preceptos constitucionales y legales de España).

Madrid, 25 de noviembre de 2021.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ