

# El difícil diálogo entre la jurisdicción nacional y el TJUE: el caso español de los indefinidos no fijos

## The difficult dialogue between national jurisdiction and the CJEU: the Spanish case of non permanent employment of indefinite duration

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
ORCID ID: 0000-0002-1266-7983

Recibido: 19.11.2024 / Aceptado: 30.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9371

**Resumen:** La figura del indefinido no fijo, que es propia del empleo público, ha sido objeto de tratamiento por parte del TJUE en varias ocasiones, desde la perspectiva normativa que ofrece el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70). En 2024, una nueva sentencia del TJUE sobre el tema ha provocado una reacción del Tribunal Supremo español, que cuestiona alguno de los presupuestos sobre los que se ha pronunciado el TJUE, obligándole a un replanteamiento del tema.

**Palabras clave:** Empleo público, indefinido no fijo, relación laboral de duración determinada, Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70), Tribunal de Justicia de la UE.

**Abstract:** The figure of the non permanent relationship of indefinite duration, which is specific to public employment, has been the subject of treatment by the CJEU on several occasions, from the regulatory perspective offered by the Framework Agreement on fixed-term work (Directive 1999/70). In 2024, a new judgment of the CJEU on the subject has provoked a reaction from the Spanish Supreme Court, which questions some of the assumptions on which the CJEU has ruled, forcing it to rethink the issue.

**Keywords:** Public employment, non permanent employment of indefinite duration, fixed-term employment relationship, Framework Agreement on fixed-term work (Directive 1999/70), Court of Justice of the EU.

**Sumario:** I. Introducción. II. El concepto jurisprudencial de “indefinido no fijo”. III. El tortuoso diálogo entre el TJUE y la jurisdicción nacional previo al año 2024. IV. El cruce de decisiones judiciales entre TS y TJUE en 2024.

### I. Introducción

1. Son numerosos los temas en los que el diálogo entre la jurisdicción nacional y el TJUE dista de ser fluido, dando lugar a malentendidos y a respuestas de difícil encaje. Sea por insuficiente comprensión de la institución de que se trate, sea por el diferente encuadramiento conceptual que se maneja en uno y otro ámbito, lo cierto es que la jurisdicción nacional -hablamos concretamente de la española- ha

debido enfrentarse a resoluciones judiciales europeas que han trastocado importantes construcciones jurisprudenciales internas. En algunos casos, la jurisdicción nacional se ve compelida a instar nuevos pronunciamientos europeos, con la vista puesta en una rectificación o, más bien, una matización o clarificación de lo sentado en decisiones precedentes.

2. Un ejemplo muy destacado de lo anterior lo ofrece la figura del “indefinido no fijo”, sobre la cual el TJUE ha dictado, en 2024, dos sentencias de gran calado, la primera de fecha 22 de febrero (C-59/22) y la segunda de 13 de junio (C-331/22). Entre ambas, con fecha de 30 de mayo, el pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictado un auto por el que eleva petición de decisión prejudicial al TJUE. La cuestión principal elevada por la Sala es si se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco aplicado por la Directiva 1999/70/CE 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. Este auto puede leerse en dos claves: en clave de clarificación de la postura del TJUE, dada la confusión creada por su sentencia de 22 febrero 2024, y en clave de defensa de la figura del indefinido no fijo por parte de la Sala de lo Social del TS. Antes de entrar en todo ello, conviene visitar brevemente el concepto jurisprudencial del indefinido no fijo.

## II. El concepto jurisprudencial de “indefinido no fijo”

3. El singular concepto de “indefinido no fijo” es una creación jurisprudencial de la Sala de lo Social del TS específicamente encaminada a resolver el conflicto que se origina en el ámbito del empleo público entre normas de distinta naturaleza: constitucional y laboral. Por un lado, la Constitución española exige que para el acceso al empleo público se garanticen condiciones de igualdad, basadas en consideraciones de mérito y capacidad de los aspirantes<sup>1</sup>. Por otro lado, la normativa laboral, y señaladamente aquí la Directiva 1999/70/CE, exige, tanto en el empleo privado como en el público, la implantación de medidas que combatan eficazmente el abuso en la utilización de contratos de duración determinada. El conflicto no se plantea solamente a partir de la Directiva citada, sino que es anterior, manifestándose en sentencias del Tribunal Supremo de los años 90 del siglo pasado, que hubieron de lidiar con la cuestión de los efectos jurídicos de la contratación temporal irregular por parte de las administraciones públicas. De todos modos, aunque no es exclusivamente un conflicto entre norma constitucional y norma europea, es cierto que en los últimos años todo el protagonismo en el marco de este conflicto lo han asumido la norma y la jurisprudencia europeas, lo que ha provocado una exasperación del conflicto, en la medida en que la jurisdicción nacional ya no puede asumir el control total sobre la resolución de la cuestión y en la medida en que el choque se produce ya al nivel de derecho europeo frente a norma constitucional interna.

4. Este conflicto, calificado como “aparentemente insoluble”<sup>2</sup>, se ha venido resolviendo mediante la consideración como personal indefinido no fijo de aquellas personas contratadas temporalmente de manera irregular, de modo que no se las considera como personal auténticamente fijo en la entidad pública para la que prestan sus servicios. La diferencia fundamental radica en que mientras el fijo es un trabajador permanente, cuya relación laboral con la entidad empleadora no está sujeta a término alguno, el indefinido no fijo es un trabajador cuya relación se asemeja más a una interinidad que a una relación indefinida, ya que cuenta con un mecanismo extintivo peculiar, que es la cobertura de la plaza mediante

<sup>1</sup> El artículo 103.3 CE habla literalmente del “acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”. Sin embargo, “puede considerarse unánimemente aceptada la aplicación de los principios constitucionales de acceso al empleo público tanto a los funcionarios como al personal laboral, si bien, no por la aplicación del art. 23.2 CE, reservado exclusivamente para el acceso a funciones y cargos públicos, sino por la conexión entre el art. 14 y 103.3 CE” (A. ESTEBAN MIGUEL, *El régimen jurídico aplicable al personal de las empresas públicas: entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo*, Cinca, Madrid, 2023, p.67).

<sup>2</sup> A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, *Revista de Información Laboral*, 10/2018.

el correspondiente proceso de selección. El conflicto de base no se resuelve, por tanto, mediante el total desplazamiento de una regla por la otra: aunque la norma que exige la igualdad en el acceso al empleo público, basada en consideraciones de mérito y capacidad, es de rango constitucional, y la norma que exige la tutela del trabajador que sufre el abuso de contratos temporales es de rango legal, primero, y, a partir de la Directiva 1999/70, de rango comunitario, la solución que se alcanza no es la nulidad del contrato de trabajo irregular, como tampoco es la permanencia en la modalidad contractual temporal ilegalmente utilizada, sino que, como solución de equilibrio, se protege al trabajador transformando su relación laboral en “indefinida no fija”, pero no en genuinamente “fija”. De este modo, el trabajador ve mejorada su posición contractual, en la medida en que su relación laboral no puede ser extinguida si no es tras la convocatoria de un proceso de cobertura de la plaza fija en la que él mismo pueda participar.

5. Pese a tratarse de un concepto jurisprudencial acuñado hace varias décadas (concretamente en la STS 7 octubre 1996<sup>3</sup>, en doctrina que se consolida en 1998, con las sentencias de 20 y 21 enero<sup>4</sup>), su traslación al plano legislativo es casi “testimonial”<sup>5</sup>. Es cierto que el EBEP (art. 8.2 c), al clasificar a los empleados públicos, se refiere al personal laboral diciendo que puede ser “fijo, por tiempo indefinido o temporal”, en una especie de aparente tripartición. Sin embargo, nadie puede ser contratado como personal “indefinido no fijo” y ontológicamente toda relación laboral o es indefinida o es temporal. Lo que ocurre es que la legislación laboral contempla, como mecanismo de evitación del abuso en la contratación temporal, la conversión automática u ope legis del contrato temporal irregular en indefinido (art. 15.4 ET<sup>6</sup>), y es precisamente este mecanismo de conversión el que choca, en la opinión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, con las exigencias constitucionales de igualdad en el acceso al empleo público con base en consideraciones de mérito y capacidad.

### III. El tortuoso diálogo entre el TJUE y la jurisdicción nacional previo al año 2024

6. La del indefinido no fijo es, sin duda, una “solución de equilibrio”<sup>7</sup>, pero de equilibrio inestable, como prueba que su configuración jurídica haya “experimentado una evolución particularmente cambiante”<sup>8</sup>. No es este el lugar para un análisis detallado de esta evolución en general, pero sí para poner de relieve las dificultades en el diálogo entre la jurisdicción nacional y la europea en este concreto tema y el impacto de esta en aquella evolución.

7. Es llamativo que, comentando el Auto del TJUE de 11 diciembre 2014 (asunto C-86/14, *Ayuntamiento de Huétor Vega*), Aurelio Desdentado afirme que el TJUE “nos da la opinión del Juzgado de lo Social, pero no la suya”, y que añada que “la única fundamentación de esta conclusión [del TJUE] es la opinión del juzgado social español, sin que el TJUE aborde un análisis propio para justificar esta descalificación de una doctrina avalada por el Tribunal Supremo español”<sup>9</sup>. En este Auto, el TJUE pone en entredicho la conformidad a la Directiva 1999/70/CE de la figura del indefinido no fijo, en la medida en que: (1) se trata de una relación laboral de duración determinada, “carec[iendo] de importancia a este respecto que el contrato de trabajo se denomine tras su conversión «contrato indefinido no fijo», dado que, como se desprende del auto de remisión, tal conversión es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos”; (2) la relación laboral puede extinguirse por decisión unilateral de la administración empleadora

<sup>3</sup> Rec. 3307/1995.

<sup>4</sup> Rec. 317/1997 y 315/1997 respectivamente.

<sup>5</sup> I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción”, *IUSLabor* 3/2017.

<sup>6</sup> “Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”.

<sup>7</sup> A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, *Revista de Información Laboral*, 10/2018.

<sup>8</sup> I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción”, *IUSLabor* 3/2017.

<sup>9</sup> A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, *Revista de Información Laboral*, 10/2018.

sin abono de indemnización. No obstante, sobre este extremo de la indemnización, el TJUE concluye que “incumbe al juzgado remitente apreciar, con arreglo a la normativa, a los convenios colectivos y/o a las prácticas nacionales, qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador como la demandante en el litigio principal para considerar que esa indemnización constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos”.

**8.** A partir de este pronunciamiento del TJUE, la jurisprudencia nacional confirma el viraje, que ya anticipaba la STS 24 junio 2014 (caso Universidad Politécnica de Madrid)<sup>10</sup>, en la STS 28 marzo 2017 (caso CSIC)<sup>11</sup>, para pasar a reconocer el derecho a una indemnización por la extinción del contrato de trabajo del indefinido no fijo cuando se produce la cobertura definitiva de la vacante; indemnización que no es la más exigua propia de la extinción de contratos de duración determinada (12 días de salario por año de servicio), sino la más generosa propia del despido por causas objetivas (20 días de salario por año trabajado).

**9.** Parecería que con esta determinación jurisprudencial, y sin entrar en su más o menos lógica fundamentación jurídica, el TS daba cumplimiento a las exigencias europeas manifestadas en el asunto Ayuntamiento de Huétor Vega. No en vano, en esta resolución el TJUE afirma que incumbe a la jurisdicción nacional apreciar qué naturaleza ha de tener la indemnización extintiva en estos casos para constituir una medida suficientemente efectiva para sancionar el abuso en la utilización de la contratación temporal.

**10.** Sin embargo, el tema distaba de estar pacificado. Buena prueba de ello lo ofrecen las sentencias del TJUE de 19 marzo 2020 (C-103/18, Sánchez Ruiz) y 3 junio 2021 (C-726/19, Imidra). En la primera, el TJUE afirma, nuevamente sobre la base de la opinión proporcionada por el órgano judicial remitente, que “por lo que respecta a la transformación de los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en «indefinidos no fijos», basta con señalar que los propios juzgados remitentes consideran que esta medida no permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco”. Como señalé en otro lugar, “el debate queda totalmente cercenado de origen por las consideraciones de los tribunales remitentes. El hecho de que no exista igualdad entre fijos e indefinidos no fijos no hubiera debido impedir el debate de fondo acerca de si la aplicación de la indemnización extintiva del despido objetivo (20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades) es una medida adecuada para la protección del trabajador, la prevención de abusos y la sanción de la temporalidad injustificada”<sup>12</sup>.

**11.** En la segunda, el TJUE recuerda su doctrina acerca del papel de la indemnización en este tema: “el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. En efecto, tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada”.

**12.** Durante todos estos años hasta la fecha, el TS ha considerado que la solución correcta, en caso de extinción de la relación indefinida no fija por cobertura de la plaza, cuando el trabajador indefinido no fijo no ha participado en el proceso selectivo, o bien, habiéndolo hecho, no lo ha superado y no ha obtenido la plaza, es la concesión de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, y no la indemnización que corresponde al despido improcedente. Esta jurisprudencia se ha vuelto a reiterar recientemente (vgr. STS 25 septiembre 2024<sup>13</sup>), incluso tras el cruce de decisiones judiciales que, como ahora se verá, han protagonizado el TJUE y la Sala de lo Social del TS. La indemnización referida es la

<sup>10</sup> Rec. 217/2013.

<sup>11</sup> Rec. 1664/2015.

<sup>12</sup> F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “La prevención y represión del abuso de la contratación laboral temporal en las administraciones públicas. Comentario a la STJUE de 19 marzo 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1020-1029, p.1027.

<sup>13</sup> Rec. 5549/2022.

del despido por causas objetivas (arts. 52-53 ET), al que la extinción de la relación indefinida no fija se aproxima, razón por la que cabe extender otros aspectos del régimen jurídico de dicha modalidad de despido, como el preaviso de 15 días (así lo reconoce, recientemente, la STSJ Galicia de 19 julio 2024<sup>14</sup>).

#### IV. El cruce de decisiones judiciales entre TS y TJUE en 2024

13. El año 2024 se inicia con una importante sentencia del TJUE, dictada el 22 de febrero en varios asuntos acumulados (C-59/22, entre otros). En esta resolución el TJUE reitera, en realidad, los postulados fundamentales de la jurisprudencia europea acerca de la figura del indefinido no fijo. Estos postulados son:

- 1º) La relación indefinida no fija debe considerarse de naturaleza temporal y, por tanto, dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco (Directiva 1999/70): “un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada” (parágrafo 66).
- 2º) El hecho de que pueda hablarse de una “única” relación indefinida no fija no excluye que concurra una utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada, contra la que se dirige el Acuerdo Marco (Directiva 1999/70): “la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente” (parágrafo 82).
- 3º) La convocatoria del proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada temporalmente por un trabajador indefinido no fijo es una medida adecuada para evitar la utilización abusiva de la relación laboral de duración determinada: “la convocatoria de tales procesos dentro de los plazos establecidos puede prevenir, en principio, los abusos derivados de la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada a la espera de que dichas plazas se cubran de manera definitiva” (parágrafo 97).
- 4º) No obstante lo anterior, esa medida potencialmente adecuada que consiste en la convocatoria del proceso selectivo deja de serlo actualmente cuando dicha convocatoria se produce sin respetar un plazo razonable. Dicho de otro modo, si la norma no garantiza que el proceso selectivo se convoque en un plazo razonable, no puede considerarse ajustada a las exigencias del Acuerdo Marco (Directiva 1999/70): “una normativa nacional que prevé la convocatoria de procesos selectivos que tienen por objeto cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por trabajadores temporales, así como los plazos concretos a tal fin, pero que no garantiza que esos procesos se convoquen efectivamente, no parece que pueda evitar la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones laborales de duración determinada” (parágrafo 99). Además, si “la convocatoria de dichos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones laborales ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión” (parágrafo 118).
- 5º) En el crucial asunto de la indemnización por extinción del contrato, el TJUE vuelve a insistir en que “el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada”, en la medida en que “tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada” (parágrafo 106).

<sup>14</sup> Rec. 2695/2024 (núm. de sentencia: 3631/2024).

- 6º) En la cuestión de las responsabilidades de las administraciones públicas empleadoras por abuso de la contratación temporal, el TJUE insiste en que un sistema de responsabilidades demasiado ambiguo y abstracto es incompatible con el Acuerdo Marco. Por contra, ese sistema debería contener medidas efectivas y disuasorias para superar el nivel de exigencia derivado de la normativa europea.
- 7º) Finalmente, el TJUE vuelve a insistir en que “la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros la obligación de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada” (parágrafo 124), lo que no es incompatible con reiterar que “entre las medidas que permiten prevenir la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada se halla la facultad de los Estados miembros de convertir las relaciones laborales de duración determinada en relaciones laborales por tiempo indefinido, al ser la estabilidad laboral que ofrecen estas últimas el principal factor de protección de los trabajadores” (parágrafo 125).

**14.** La conclusión que se deriva de esta jurisprudencia, que, hay que insistir, no nace con la STJUE de 22 febrero 2024, es que los Estados cuentan con un abanico de posibles medidas para prevenir los abusos en la contratación temporal, también en el sector público. Una de ellas es la conversión en “fijos” de los contratados temporales, pero esta conversión no puede imponerse desde el TJUE, porque no la impone el Acuerdo Marco, sino que debe ser considerada como una posible medida de aplicación judicial interna, siempre que ello sea posible en una interpretación conforme del ordenamiento español. A raíz de esta sentencia, los tribunales laborales españoles han generado una disparidad de soluciones: así, por ejemplo, la STSJ País Vasco de 22 abril 2024<sup>15</sup> sostiene 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”; y, en contraste, la STSJ Madrid de 10 abril 2024<sup>16</sup> argumenta que “nos encontramos ante el insalvable obstáculo de que el acceso a esa situación de fijeza ha de hacerse necesariamente respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra Constitución Española”.

**15.** He apuntado en otro lugar que “al TJUE le cuesta, con más frecuencia de la deseable, alcanzar una comprensión cabal de todas las claves jurídicas nacionales en torno a un tema determinado”<sup>17</sup>. La sentencia de 22 febrero 2024 es, en parte, una muestra de ello, hasta el punto de que CASAS BAAMONDE, por ejemplo, haya afirmado que la misma no está “siempre bien informada por el órgano judicial cuestionante”<sup>18</sup>. En su auto de 30 de mayo de 2024<sup>19</sup> (en adelante, “el Auto”), la Sala de lo Social del TS expresa su desacuerdo con el órgano judicial remitente de la cuestión prejudicial que dio lugar a la citada sentencia del TJUE, diciendo literalmente no compartir el criterio de dicho órgano “según el cual, el Derecho español no prevé, para la categoría de contratos indefinidos no fijos, ninguna medida destinada a evitar la utilización abusiva de esos contratos” (apartado 71 del Auto). Otro punto clave de desacuerdo con el planteamiento de la cuestión prejudicial que dio lugar a esta sentencia es el relativo a la distinta interpretación que, según el tribunal que planteó la cuestión, mantienen el TS y el TC en orden a la proyección de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución en la contratación laboral: dice el TJUE, informado por el órgano jurisdiccional nacional, que “de las peticiones de decisión prejudicial se desprende que, mientras que el Tribunal Constitucional considera que los principios constitucionales recogidos en los artículos 23, apartado 2, y 103, apartado 3, de la Constitución —según los cuales en el acceso a la función pública deben respetarse los principios de igualdad, mérito y capacidad— no son

<sup>15</sup> Rec. 229/2024.

<sup>16</sup> Rec. 753/2021.

<sup>17</sup> F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “El indefinido no fijo y la Directiva 1999/70: nueva oportunidad de clarificación para el TJUE servida por el Tribunal Supremo”, *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XV (2024), pp. 89-103

<sup>18</sup> M.E. CASAS BAAMONDE, “Los indefinidos no fijos, ¿una historia interminable hacia su terminación? Su capítulo inédito de la llamada expresa del Tribunal de Justicia a la modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Constitución y Derecho de la Unión”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2/2024.

<sup>19</sup> ECLI:ES:TS:2024:6188A.

aplicables en la contratación laboral, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por su parte, considera que sí son aplicables” (parágrafo 122 de la STJUE). El TS es claro al respecto: el Auto subraya que “no hay en esta materia ninguna discrepancia entre la doctrina del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional”, añadiendo que “ambos Tribunales consideran que el art. 103. 2 de la Constitución es aplicable al personal laboral de los organismos y administraciones públicas, para garantizar el cumplimiento en ese ámbito del acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad” (apartado 42 del Auto).

**16.** Este Auto de la Sala de lo Social puede leerse como una “apelación” frente a la STJUE de 22 febrero 2024. Se trata de un texto de “defensa” de la figura del indefinido no fijo, y ofrece al TJUE una nueva oportunidad de pronunciarse, con más fundamento y con más claridad, sobre ella. La principal pregunta que el TS dirige al TJUE es si la doctrina jurisprudencial que niega el reconocimiento de la condición de trabajadores fijos del sector público a los trabajadores indefinidos no fijos contraviene la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Si la respuesta a esta cuestión es sí, la subsidiaria se plantea en los siguientes términos: “¿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?”.

**17.** Para conseguir una respuesta afirmativa a la primera y principal cuestión, la Sala de lo Social introduce el novedoso argumento de vincular la protección de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público al principio comunitario de libre circulación de trabajadores. Aprovechando que en el caso que da lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial la demandante es una cuidadora de niños en centros educativos públicos (algo alejado, obviamente, de cualquier ejercicio de potestades públicas), la Sala razona que “el acceso al empleo público no solo debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad que garantiza la Constitución española, sino también el de la libre circulación de trabajadores conforme a las normas que regulan el Derecho de la Unión Europea” (apartado 48). La conclusión es evidente: “el cumplimiento de las normas españolas, así como las de la Unión Europea, cuando el puesto de trabajo no está excluido de la libre circulación de trabajadores, requiere que el acceso a un empleo público de carácter fijo solo sea posible si previamente se ha ofrecido en convocatoria abierta para que puedan optar al mismo los ciudadanos de la Unión Europea que así lo deseen y reúnan los requisitos al efecto” (ibidem).

**18.** En el mismo sentido de obtener una respuesta afirmativa a esta primera pregunta, la Sala de lo Social vuelve a insistir en que la figura del indefinido no fijo es ya, en sí misma, una respuesta jurídica ante el abuso en la utilización de la contratación temporal. De hecho, no es cierto lo que el TJUE sostiene en la sentencia de 22 febrero 2024 respecto de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio que percibe el trabajador “convertido” en o “declarado” como indefinido no fijo; si el TJUE sostiene que la indemnización es “independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada” (parágrafo 106), lo cierto es que dicha concreta indemnización sí está vinculada al carácter ilegítimo o abusivo de la contratación temporal, puesto que de ser correcta esta contratación, la indemnización prevista en el ordenamiento laboral es, en su caso, la de 12 días de salario por año de servicio. Ese incremento de la indemnización en un 66,66 por ciento constituye, por tanto, una reacción jurídica, de creación jurisprudencial, frente al abuso en la contratación temporal. En cierto modo, el legislador ha venido a confirmar esta tesis al establecer, primero en el RDL 14/2021 y luego en la Ley 20/2021, el derecho del trabajador cuya relación temporal es abusiva al percibo de una “compensación” de 20 días de salario “fijo” por año de servicio, aunque limitando el cálculo compensatorio “exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento” (nueva Disp. Adic. 17ª EBEP). Esto último, por cierto, es rotundamente contrario a la jurisprudencia sobre “unidad esencial del vínculo”; se trata, como señala Sempere, “de limitación tan comprensible cuanto insuficiente para evitar que litiguen quienes consideren que han sido sometidos a una sucesión contractual subsumible en la categoría de “unidad esencial”; y añade el propio autor que “no parece probable que los tribunales

abandonen esa construcción”, lo que convertirá a la compensación legal en “una especie de anticipo a cuenta de la indemnización reconocida en sede judicial”<sup>20</sup>.

**19.** Aunque la Sala de lo Social está convencida de que la indemnización de 20 días por año de servicio constituye, en sí misma, una reacción suficiente para satisfacer las exigencias de la Directiva, y pese a que realiza un gran esfuerzo argumentativo en su Auto a fin de convencer al TJUE, plantea, prudentemente, una cuestión subsidiaria, que nos conduce a la posible aplicación de la indemnización del despido improcedente al indefinido no fijo cuyo contrato se extingue. Esta indemnización acercaría mucho más, desde luego, al indefinido no fijo al fijo: el Auto señala que “se vendría a equiparar en toda su integridad la situación jurídica de los trabajadores indefinidos no fijos a la de los trabajadores fijos” (apartado 77). Aunque esto pueda ser objeto de algunos matices, el debate es si la indemnización más elevada, como la del despido improcedente, constituiría una medida legal equivalente. Y es difícil defender una respuesta negativa cuando el TJUE ha admitido que existen otras medidas legales equivalentes que no llegan a transformar plenamente el contrato temporal en indefinido; o dicho con las propias palabras del TJUE: “la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros la obligación de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada” (sentencia de 22 febrero 2024, parágrafo 124).

**20.** Otro asunto en el que TJUE y TS parecen no encontrarse es el de los procesos de consolidación de empleo público temporal. Para el primero, “dado que la convocatoria de dichos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones laborales” (parágrafo 118 de la sentencia de 22 febrero 2024). Aunque el TS no plantea ninguna cuestión prejudicial específica al respecto, sí se ve en la necesidad de contrargumentar frente al TJUE, quizá para reforzar la defensa del indefinido no fijo, y lo hace diciendo que “en Derecho español se han dictado medidas legislativas específicas y expresamente dirigidas a cumplir desde esa perspectiva con la cláusula 5 del Acuerdo Marco, con las que justamente se persigue que la convocatoria de tales procesos no sea en modo alguno independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada” (apartado 81 del Auto); y añadiendo que “la fórmula contemplada por el legislador atribuye un valor determinante para conseguir la plaza a la experiencia previa y al tiempo desempeñado por estos trabajadores en el desarrollo de esas tareas durante los periodos de su contratación temporal, que compensa adecuadamente la situación que han soportado durante esos periodos, al facilitarles en gran medida y en condiciones muy ventajosas, el acceso definitivo a la plaza como trabajadores fijos” (apartado 87 del Auto).

**21.** Con posterioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial por el Auto, el TJUE ha dictado una nueva sentencia, de 13 junio 2024 (C-331/22). En ella, se aborda la cuestión nuclear de la indemnización por extinción de la relación del empleado público que no supera el proceso selectivo convocador por la administración empleadora. Para el TJUE, el abono de una indemnización no es una medida reparadora adecuada frente al abuso en el uso de la contratación temporal cuando tal abono es “independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada” (parágrafo 80). Añade, además, que “una compensación como la contemplada en el artículo 2 de la Ley 20/2021 tiene un doble límite máximo (el tope de los veinte días de retribución por año de servicio y el tope de los doce meses de salario en total), no permite ni la reparación proporcionada y efectiva en las situaciones de abuso que superen una determinada duración en años, ni la reparación adecuada e íntegra de los daños derivados de tales abusos” (parágrafo 81). Repárese en que este argumento también valdría para considerar inadecuada una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, que cuenta con el límite de las 24 mensualidades.

<sup>20</sup> A.V. SEMPERE NAVARRO, “Inaplicación de la categoría “indefinido no fijo” para el personal estatutario”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5/2023.

**22.** También aborda la sentencia de 13 junio la cuestión de los procesos selectivos, insistiendo en que “dado que la convocatoria de dichos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de relaciones de servicio de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones ni para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión” (parágrafo 76).

**23.** Pero en la verdadera y fundamental cuestión, aquella en la que cristaliza el conflicto entre los principios jurídicos básicos de, por un lado, transformación de la relación temporal en fija, y, por otro lado, igualdad en el acceso al empleo público sobre la base del mérito y la capacidad, el TJUE vuelve a mostrar la limitación intrínseca a su enjuiciamiento: la exigencia de “interpretación conforme” de una directiva no puede llegar al punto de incurrir en un “contra legem”. De ahí que, aunque la conversión de la relación temporal en fija pueda en abstracto considerarse una medida válida contra el abuso en la contratación temporal, no puede adoptarse por un órgano judicial si ello está vedado por el ordenamiento jurídico nacional. No es tanto que el órgano judicial nacional no pueda desplazar la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sí puede dejarla “inaplicada”, como dice el TJUE: parágrafo 110), sino que no puede desplazar una norma interna que es incompatible con aquella medida. En este caso, la norma interna es, además, de rango constitucional. Y se exige un esfuerzo enorme y de perfiles extraordinariamente creativos para poder concluir, como propone el órgano judicial que plantea la cuestión prejudicial, que es conforme al ordenamiento interno convertir los sucesivos contratos temporales en una relación fija “en virtud de la cual las demandantes en los litigios principales estuvieran sujetas a las mismas causas de cese y de despido que aquellas que rigen para los funcionarios de carrera sin, no obstante, adquirir la condición de funcionario de carrera” (parágrafo 112).

**24.** La historia del diálogo judicial en materia de indefinidos no fijos pone claramente de relieve la importancia de que las cuestiones prejudiciales se planteen de la manera más exhaustiva y precisa posible, no solo en cuanto a los presupuestos fácticos del asunto, sino, sobre todo, en cuanto a la información que el TJUE debe recibir acerca del marco jurídico nacional. Esta exhaustividad y precisión son la mejor garantía para, si no evitar, sí al menos reducir los desencuentros o malentendidos que con más frecuencia de la deseable se producen entre la jurisdicción nacional y el TJUE.