

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

NIG

Procedimiento Recurso de Suplicación 634/2021

MATERIA: MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 05 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA P. ORDINARIO 365/2020

RECURRENTE: D^a

RECURRIDO: AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En Madrid, a treinta de mayo de dos mil veinticuatro.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. Magistrados **D.**

D^a PRESIDENTE,

y han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A nº 405

En el recurso de suplicación nº **634/2021** interpuesto por la Letrada **D^a**
en nombre y representación de **D^a**
contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **05** de los de MADRID, de fecha
28.05.2021, ha sido Ponente la **Ilma. Sra. D^a**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Que según consta en los autos de **P. ORDINARIO nº 365/2020** del Juzgado de lo Social nº **05** de los de Madrid, se presentó demanda por D^a [redacted] contra **AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN** en reclamación de **MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia de fecha **28.05.2021** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que estimando la petición subsidiaria de la demanda interpuesta por D^a [redacted] contra el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN debo declarar que la vinculación de la actora con la demandada es de naturaleza indefinida no fija condenando al AYUNTAMIENTO a estar y pasar por la anterior declaración y absolviéndole de los demás pedimentos."

SEGUNDO. - En dicha sentencia y como **HECHOS PROBADOS** se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- D^a [redacted] comenzó a prestar sus servicios para el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN el 4 de diciembre de 2.000 en virtud de contrato por obra o servicio determinado como Agente de Empleo y Desarrollo Local con prórrogas hasta el 10 de diciembre de 2.004."

SEGUNDO.- Desde el 10 de octubre de 2.005 31 de diciembre de 2.005 con nombramiento como personal Eventual."

TERCERO.- Por Decreto de la Alcaldía del AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN de 22 de febrero de 2.005 se convoca proceso selectivo para cubrir mediante oposición libre dos plazas de técnicos de grado superior licenciados en ciencias de la Información como personal laboral con carácter interino para ese Ayuntamiento. El programa incluye un total de 73 temas. D^a [redacted] concurrió al proceso de selección obteniendo la segunda mejor nota."

CUARTO.- El 23 de diciembre de 2.005 las partes suscriben contrato de trabajo de interinidad con efectos de 1 de enero de 2.006 y duración "hasta que se cubra la plaza de forma definitiva mediante proceso de selección o promoción, para su cobertura definitiva o cuando desaparezcan las razones de necesidad y urgencia que motivaron su cobertura interina"

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala.

Habiéndose señalado para votación y fallo el día 24.11.2021, se suspendió por cuestión prejudicial, señalándose nuevamente el día **29 de mayo de 2024**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estima la petición subsidiaria de la demanda interpuesta por D^a [redacted] y declara que la vinculación de la actora con la demandada es de naturaleza indefinida no fija interpone recurso de suplicación la demandante que ha sido impugnado por la Entidad demandada y que se articula a través de dos motivos de recurso formulados respectivamente al amparo del apartado b) y c) del artículo 193 LRJS, solicitando que se reconozca a la actora la condición de personal laboral fijo en la Entidad demandada.

SEGUNDO.- 1. Al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS formula la parte actora el primer motivo de recurso destinado a la revisión de los hechos probados, interesando la modificación del hecho probado tercero para que el mismo quede redactado de la forma que indicamos a continuación resaltando en negrita las modificaciones interesadas: *“Por Decreto de la Alcaldía del AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN de 22 de febrero de 2.005 se convoca proceso selectivo para cubrir mediante oposición libre dos plazas de técnicos de grado superior licenciados en ciencias de la Información como personal laboral con carácter interino para ese Ayuntamiento. El programa incluye un total de 91 temas. D^a [redacted] concurrió al proceso de selección obteniendo la segunda mejor nota.*

Los requisitos, el temario y las pruebas a superar por los aspirantes de esa Oferta de Empleo, como personal laboral interino, son prácticamente iguales a los contenidos en la Oferta de Empleo Público convocada por el Ayuntamiento en el año 2004, para cubrir una plaza de Técnico Superior, licenciado en Ciencias de la Información, grupo A. Constan en autos las bases de esa OPE a los folios 134 a 135 que se dan íntegramente por reproducidos.”

En cuanto a los temas referidos al proceso selectivo al que se presentó la actora, de acuerdo con el documento 3 de la parte actora citado por la parte recurrente se constata que efectivamente eran 91 temas en total y no 73 como dice la sentencia por lo que accedemos a la rectificación interesada. Sin embargo no podemos acceder a la adición del segundo párrafo pues lo que recoge son apreciaciones y valoraciones jurídicas que precisamente pasa a exponer a lo largo de este motivo de recurso y que no caben a la hora de instar la revisión fáctica, sin que pueda desprenderse de forma clara y directa de la documental citada que

estemos ante procesos selectivos idénticos y en todo caso en lo que incide la sentencia recurrida y eso no se discute, es en que el proceso selectivo al que se presenta la actora se convocó para cubrir una plaza con carácter temporal y no con carácter fijo.

TERCERO.- 1. Denuncia la parte recurrente en el segundo motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, la infracción del artículo 103 de la CE en relación con el artículo 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), y el artículo 9.3 de la CE en relación con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en relación con la doctrina jurisprudencial de los indefinidos no fijos y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Señala en primer lugar la parte recurrente que se ha producido un error por parte de la Jueza a quo al no considerar que el proceso selectivo superado por la Trabajadora respetó lo principios de publicidad, igualdad, capacidad y mérito en los términos establecidos en los artículos 23 y 103 de la CE a la hora de determinar la naturaleza de su condición laboral y por otro lado entiende que se ha cometido un error en la aplicación de la doctrina jurisprudencial en conexión con los indefinidos no fijos y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea dictada en supuestos homólogos al presente. Se transcribe buena parte de la Sentencia de 19 de marzo de 2020, asunto C-103/2018 y C-429/18, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la transformación de empleados públicos en indefinidos no fijos y a partir de lo que indica dicha sentencia, señala que el TJUE es contundente al afirmar que 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, no permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Argumenta que a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en indefinidos no fijos no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal fijo y que el TJUE interpreta que incumbe al órgano jurisdiccional nacional, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, establecer las medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar, los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Se refiere también a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2019, rec. 1001/2017, y señala que con base en la jurisprudencia

anterior, la sanción más adecuada que corresponde imponer en este caso, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes — (i) contrato temporal fraudulento de duración inusualmente larga (más de 20 años); (ii) ausencia de actuaciones por parte del Ayuntamiento tendentes a lograr la definitiva cobertura de la plaza o propiciar su amortización y (iii) que la plaza ocupada es de nueva creación (resultando especialmente llamativo e inusual que se procediera a su creación sin articular el correspondiente mecanismo para su provisión), tratándose de un puesto estructural de la Administración demandada—, es la recalificación del contrato como indefinido. Se cita una sentencia del TSJ de Galicia y otras de juzgados de lo social que no constituyen jurisprudencia a invocar pues debe estarse al efecto a lo que señala el artículo 1-6 CC, y concluye señalando que por todo ello se debe reconocer a la actora la condición de indefinida no fija en la demandada.

2. En primer término, en relación al proceso selectivo en el que participó la actora y al error en el que dice ha incurrido la sentencia al valorar el mismo, no podemos apreciar infracción alguna cometida por la sentencia de instancia compartiendo la Sala las afirmaciones de la misma cuando señala que *“El argumento nuclear de esta petición es que, dado que la demandante ha superado un proceso selectivo para cubrir con carácter temporal la plaza convocada y que, según su criterio son las mismas pruebas a la que se somete al personal que es contratado como personal fijo, no es contrario al artículo 103 de la CE ni a los principios de mérito, capacidad e igualdad de oportunidades su acceso a una plaza como personal fijo desde un contrato de interinidad.*

Pues bien, independientemente de que a continuación se valore si la prolongada duración del contrato de interinidad hace subsidiaria a la actora de ser considerada como indefinida no fija en la Administración local, lo cierto es que la demandante concurrió a unas pruebas para cubrir una plaza de personal Temporal. El acceso en igualdad no supone sólo el conocer un temario (lo que por otro lado es necesario para poder llevar a cabo las tareas propias de un puesto de trabajo) sino que la concurrencia sea en igualdad de oportunidades.

La convocatoria para un puesto temporal implica que muchos ciudadanos que, cumpliendo los requisitos de la misma pero que tengan un contrato fijo o indefinido, no gasten su tiempo en prepararse para una plaza temporal. Eso reduce sustancialmente el número de personas que se presentan y que pudieran haber obtenido la plaza de convocarse con carácter fijo. Eso afecta directamente a la igualdad de oportunidades ya que la

demandante se presenta para una plaza temporal lo que provoca que el número de personas que se presentan sea inferior y por tanto sea más fácil acceder."

Este razonamiento se corresponde con la doctrina del Tribunal Supremo que señala entre otras en la STS de 17 de septiembre del 2020 (RS 154/2018): *"La discrepancia radica en si el proceso de selección que realizaron los trabajadores afectados por el conflicto cumplió con los principios constitucionales exigidos por el artículo 103.3 de la Constitución y sus sucesivas normas de desarrollo, así como con la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, para adquirir la condición de trabajadores fijos. 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, ni puede considerarse realmente una selección mediante oposición o concurso-oposición en el que puedan participar con carácter general todas las personas interesadas", insistiendo, en fin, que no se ha seguido en ese proceso de selección "una auténtica y real oposición o concurso-oposición". La Sala comparte el razonamiento y la conclusión de la sentencia recurrida. En efecto, incluso aunque se aceptaran las modificaciones fácticas pretendidas al respecto por el recurso de casación, no cabe aceptar que un proceso de selección realizado con vistas a suscribir unos contratos de obra y servicio determinados sea suficiente como para que los trabajadores así seleccionados adquieran la condición de fijos. La superación de ese proceso de selección y lo ocurrido posteriormente (la conversión de sus contratos en indefinidos) hace que la naturaleza y calificación adecuadas sea la de trabajadores indefinidos no fijos y no la de trabajadores fijos."* De acuerdo con dicha doctrina, pese al proceso selectivo para cubrir una plaza con carácter temporal que superó la demandante, ello no puede llevar a declarar a la trabajadora personal laboral fijo de la entidad demandada.

3. En relación a las demás infracciones denunciadas citando la jurisprudencia del TJUE, se ha pronunciado ya esta Sala en Pleno en supuestos similares a los que aquí analizamos, y así en las sentencias dictadas en los recursos 830-21, 797-21 y 753-21, siendo el criterio mayoritario de la Sala el de que en estos supuestos no cabe la declaración de fijeza

pretendida, por lo que por motivos de seguridad jurídica e igualdad debemos seguir ese mismo criterio. Señalamos así en la sentencia dictada en el RS 830-21:

“Así, en los supuestos en que la contratación se haya efectuado en fraude de ley o exista abuso de derecho, esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid determinó que aun cuando no resulte aplicable el artículo 70 EBEP (al no tener el EBEP efecto retroactivo, ni siquiera en grado mínimo, que permita su aplicación a efectos futuros desde su entrada en vigor, aunque estos efectos provengan de relaciones jurídicas surgidas con anterioridad -SSTSJ de Madrid de 8-5-2017, Rec. 87/2017, 20-7-2017, Rec. 563/2017, y 28-5-2018, Rec. 70/2018, entre otras-), el trabajador habría adquirido la condición de indefinido no fijo, no pudiendo admitirse que la Administración pretenda ampararse para evitarlo en las cláusulas fijadas en el contrato. Pero cuando no se apreciaba que existiera fraude de ley o abuso de derecho en la contratación, se entendió que, pese a superarse el plazo de 3 años establecido en el artículo 70 EBEP, no podía considerarse, conforme a la doctrina antecitada, que se ostente la condición de trabajador indefinido no fijo. De este modo, y siguiendo esa doctrina jurisprudencial, esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha venido declarando de forma reiterada que, cuando la empleadora sea una Administración Pública y realice la contratación temporal en fraude de ley, no podrá obtenerse la fijeza de plantilla, sino simplemente la condición de trabajador por tiempo indefinido pero sujeto a la cobertura reglamentaria de la plaza, como si de un contrato de interinidad se tratara (así, sentencias de 5-2-2020, rec. 735/2019; 18-3-2020, rec. 894/2019; 1-4-2020, rec. 941/2019; 15-4-2020, rec. 970/2019; 20-5-2020, rec. 1192/2019; 10-6-2020, rec. 1267/2019; entre otras muchas). Sin embargo, se ha de tener en cuenta que posteriormente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/2019, precisamente resolviendo cuestión prejudicial elevada por esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, resuelve sobre un contrato de interinidad único, concertado en el año 2003, que se extinguió alegando su finalización en el año 2016, cuestionándose que en aquel momento ya no podía ser considerado válidamente temporal. Al tratarse de un único contrato y aplicando la doctrina del TJUE en la sentencia de 22 de enero de 2020 en el caso Baldonado Martín la cláusula quinta, según se alegó por la entidad demandada y por el Gobierno español, no sería aplicable. Y así, en relación con dicha cuestión, en la sentencia de esta misma Sala de 21-7-2021 (Rec. 427/2021) se señaló que: “Frente a ello el TJUE dice que del tenor literal de dicha cláusula y de reiterada jurisprudencia se desprende que dicha disposición solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, de modo que un contrato que es el primer o único contrato de trabajo de duración determinada no está incluido en su ámbito de aplicación. Por otra parte la cláusula 5, apartado 2, letra a), del Acuerdo Marco deja, en principio, a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la tarea de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán «sucesivos», pero el margen de apreciación así atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco, ni permitir una situación que pueda dar lugar a abusos. Aunque no se trate, stricto sensu, de una sucesión de dos o de varios contratos de trabajo (que supone la existencia y la celebración formal de dos o más contratos distintos, uno de los cuales sucede a otro), basta con que nos encontremos ante una prórroga de un único

contrato para que la cláusula quinta devenga aplicable y ello no solamente incluye las prórrogas expresas, sino también las prórrogas implícitas o automáticas de un contrato de duración determinada inicial. No cabe hacer una interpretación restrictiva del concepto de relaciones sucesivas de manera que se prive de efecto útil a la Directiva y por ello existen relaciones sucesivas cuando el contrato de trabajo se prorroga de forma automática o implícita, sin celebración formal, por escrito, de uno o varios nuevos contratos de trabajo de duración determinada. De lo contrario no solamente se excluirían en la práctica un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco, vaciando de gran parte de su contenido el objetivo perseguido por estos, sino también se permitiría la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal. Para comprobar si se ha producido una prórroga automática hay que partir de la duración inicial del contrato y comprobar si la misma se ha extendido después en el tiempo de forma sobrevenida. El concepto de «duración» de la relación laboral constituye un elemento esencial de todo contrato de duración determinada y la modificación de la fecha de finalización de un contrato de trabajo de duración determinada constituye un cambio esencial de dicho contrato, que puede legítimamente asimilarse a la celebración de una nueva relación laboral de duración determinada que suceda a la anterior relación laboral, comprendida, de este modo, en el ámbito de aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. En aquellos casos en los que la duración inicial no esté fijada mediante una fecha concreta, habrá que atender al supuesto de hecho que determina la misma (la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado) para comprobar cuál era la fecha previsible razonablemente en que debía producirse. La alteración sobrevenida de las expectativas puede equipararse a una renovación y por ello a la existencia de contratos sucesivos. Y por ello el TJUE entiende que se produce la prórroga automática siempre que se organiza un proceso de cobertura de la plaza que resulta frustrado, no cubriéndose finalmente la plaza y manteniéndose la interinidad, así como cuando se incumple la obligación de organizar el proceso de cobertura dentro del plazo previsto por la normativa. Cabe recordar que este criterio ya fue aplicado por esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 24 de junio de 2020 (recurso de suplicación nº 237/2020). Por lo demás el TJUE reitera su doctrina, en el sentido de que si el Estado no ha adoptado ninguna medida de las previstas en la cláusula quinta para limitar la duración de los contratos encadenados o sus renovaciones y se han producido abusos en este ámbito, el trabajador afectado tiene derecho a una reparación, que puede ser la consideración de su contrato “por tiempo indefinido”, si bien dicha consecuencia puede ser sustituida por la legislación del Estado por otra distinta, si la misma es suficientemente efectiva y disuasoria, aplicándose en otro caso como consecuencia la naturaleza indefinida de la relación laboral. Para valorar si la consecuencia alternativa prevista en la legislación es suficientemente disuasoria el TJUE se remite a su doctrina previa, ya analizada, si bien entrando en el caso concreto de los contratos de interinidad por vacante en España considera que no existe ninguna consecuencia efectiva que evite la declaración del contrato como indefinido, recordando que el mero establecimiento de una indemnización por finalización del contrato es insuficiente, resultando que además en este concreto caso tal indemnización ni siquiera está prevista por la legislación nacional. Finalmente recuerda que, aunque 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, también hay que 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, puesto que la exigencia de interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del Tratado FUE, puesto que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen. Y añade que no es equiparable la situación en la que una norma impide interpretar la normativa nacional con arreglo al Derecho de la Unión y la situación en la que la contradicción no se produce con una norma, sino con un criterio jurisprudencial, porque la exigencia de interpretación conforme obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva. Por lo tanto, el tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, haya interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho. Finalmente nos dice que el retraso en la organización de los procedimientos de selección basado en el cumplimiento de obligaciones legales derivadas, en particular, de las leyes de presupuestos y de restricciones presupuestarias tal justificación no es válida frente a la obligación de cumplir con la Directiva y, por tanto, no puede justificar la falta de cualquier medida preventiva contra la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco.” Y asimismo, analizando las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/19, esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid entendió en la antecitada sentencia de 21-7-2021 (Rec. 427/2021), que “en aplicación del criterio de dicha sentencia del asunto en este caso nos encontramos en el ámbito de la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, dado que, pese a tratarse de un único contrato, el mismo ha sido objeto de una renovación tácita por dos razones: Porque en el momento de la contratación en el año 2004 la duración razonablemente previsible de la contratación de interinidad no podía ser en ningún caso de la duración que finalmente ha tenido de manera inexplicada, de manera que ha sido objeto de una o varias prórrogas implícitas. Y porque la expectativa razonable de duración ha de venir dada por el cumplimiento de las obligaciones legales de incluir las vacantes en las correspondientes ofertas públicas de empleo que deben ser ejecutadas legalmente en el plazo de tres años según el artículo 70 EBEP, de manera que pasado dicho plazo (cuya ampliación no es justificable por razones presupuestarias, máxime cuando se mantiene la contratación de interinidad y por tanto el gasto público asociado a la misma), debe entenderse siempre producida la prórroga implícita. Siendo esto así, resultando que no existe ninguna medida limitativa en el Derecho nacional de las previstas en la cláusula quinta del acuerdo marco y que ello ha producido una situación abusiva de duración injustificadamente larga, la consecuencia ha de ser que se ha producido un incumplimiento de dicha cláusula quinta en el caso concreto de la trabajadora demandante. A esa

conclusión no puede oponerse ninguna interpretación jurisprudencial previa, no existiendo normas que impidan aplicar dicha consecuencia, tal y como hemos analizado, sino todo lo contrario, máxime cuando la propia modalidad contractual es de creación jurisprudencial y no legal, admitiéndose por vía interpretativa la temporalidad en este tipo de situaciones, no prevista por la Ley. De acuerdo con la doctrina tradicional del TJUE, para evitar la conversión en fijos de los trabajadores afectados por la vulneración de la cláusula quinta el Estado debe prever medidas alternativas suficientemente disuasorias con arreglo a los principios de equivalencia y efectividad (sentencias de 7 de septiembre de 2006, en los asuntos C-53/04 y C-180/04, Marrosu y Sardino y Vassallo, de 4 de julio de 2006 en el asunto C-212/04, Konstantinos Adeneler, de 14 de septiembre de 2016 en los asuntos C-184/15 y C-197/15, Martínez Andrés). Para valorar las medidas alternativas introducidas con arreglo a dichos principios es preciso que satisfagan los principios de equivalencia y efectividad, lo que requiere dos aspectos: que se compense suficientemente al trabajador y que haya medidas adicionales que disuadan a la Administración de llevar a cabo abusos en la contratación temporal, como puede ser la exigencia de responsabilidad patrimonial a los responsables de la Administración por el pago de las indemnizaciones debidas a los trabajadores que se exija efectivamente en la práctica. Para que haya una compensación suficiente al trabajador es necesario que no solamente tenga derecho a una indemnización tasada, sino también a una reparación íntegra del daño por la pérdida de oportunidades de empleo en el sector privado o de acceso al empleo público (sentencia de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, Santoro). En ese sentido y como ya dijo esta Sala en su sentencia de 17 de febrero de 2021 en el recurso de suplicación nº 845/2020, es obvio y notorio que las medidas existentes en Derecho español no cumplen con dichos criterios (...). El criterio avanzado por esta Sala al respecto es confirmado por esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021 en el asunto C-726/19, IMIDRA, que deja claro que la legislación española no contempla medidas disuasorias alternativas suficientes para evitar la conversión del contrato en fijo, menos todavía en relación con el personal contratado en la modalidad de interinidad por vacante. Cabría preguntarse por tanto si la consecuencia habría de ser la conversión del contrato de la trabajadora en fijo o en indefinido no fijo, puesto que el TJUE en dicha sentencia parece admitir la conversión del contrato del interino por vacante en indefinido no fijo y no en fijo. Sin embargo debemos recordar que el personal laboral indefinido no fijo de las Administraciones Públicas debe ser considerado como temporal a efectos de la cláusula tercera del anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. La definición en la Directiva del contrato de duración determinada es la de aquel contrato en el que el final de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado. En el caso del personal indefinido no fijo, según su creación jurisprudencial, dicho final viene producido por un acontecimiento determinado como es la cobertura legal de la plaza que ocupa el trabajador. En ese sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el auto de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C 86/14, *Comisión Europea vs España*, y también la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencias por ejemplo de 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017) y de 17 de julio de

2020 (RCUD 1373/2018). Por tanto resulta dudoso si el pronunciamiento de la sentencia al admitir la conversión del contrato en indefinido no fijo, que es otro tipo de contrato temporal con grandes similitudes con el propio contrato de interinidad por vacante viene condicionado por la pregunta formulada por el tribunal nacional o si supone un cambio de la jurisprudencia previa, algo que en su caso habría de aclarar el propio tribunal si fuera necesario mediante nueva cuestión prejudicial. (...) En todo caso en el presente litigio la sentencia de instancia declaró a la trabajadora indefinida no fija, según la pretensión de la demanda, y esta conclusión no es objeto de debate en este recurso, por lo que dicha conclusión no puede ser alterada y la Sala no ha de resolver sobre dicho extremo." Con todo, y a pesar de lo afirmado en dicha sentencia, se ha de tener en cuenta actualmente lo establecido en la Disposición Adicional Decimoséptima del EBEP, sobre medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público, que fue introducida en dicho texto legal por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre..... Hasta aquí la reseña de la doctrina jurisprudencial relacionada con la cuestión que nos ocupa, y llegamos al momento actual, en que se ha dictado sentencia de fecha 22-2-2024 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por la Sección 2ª de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se vió en la necesidad de plantear dichas cuestiones ante la incesante reclamación de trabajadores que, habiendo venido prestando servicios para la Administración Pública durante un elevado número de años mediante un contrato temporal o sucesivos contratos de esta naturaleza, solicitan que se les declare fijos en plantilla. De modo que, además de lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en dicha sentencia y las posteriores dictadas a raíz de ella, al presente se ha de tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia del TJUE de 22-2-2024, que, resolviendo las cuestiones prejudiciales C-59/22, C-110/22 y C- 159/22 planteadas por esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, determina lo siguiente: 1) Las cláusulas 2 y 3 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, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación de este último. 2) 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, debe interpretarse en el sentido de que 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. 3) La cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las medidas contempladas en esta disposición ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de esta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos. 4) 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos. 5) 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas», cuando esas disposiciones nacionales no sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula. 6) 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada. 7) 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, debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida. Corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5. Analizando esta sentencia, hemos de resaltar en primer término, por un lado, la llamada de atención al legislador para que establezca las medidas adecuadas a fin de evitar y sancionar los abusos de referencia y, por otro lado, el enorme arbitrio que se otorga a los jueces y tribunales para determinar y establecer las medidas sancionadoras aplicables en cada caso. Todo lo cual debe tenerse presente en el supuesto ahora enjuiciado, en que nos encontramos ante una trabajadora que ha venido prestando sus servicios para la demandada desde el 22-10-1994 en virtud de una concatenación de contratos sin que aparezca que se haya efectuado a lo largo de los años la correspondiente convocatoria para la cobertura de vacantes, ocupándose las plazas por interinos u otros trabajadores con contrato temporal, siendo así que por sentencia firme de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27-12-2007 la demandante tiene reconocida la condición de indefinida discontinua. De suerte que, aun cuando no cabe apreciar el silencio positivo alegado por la demandante, conforme a lo establecido en la sentencia recurrida, a cuyos argumentos nos remitimos (al actuar la Administración como empleadora en el ámbito del Derecho privado y no en el del Derecho público), resulta indudable, a la vista de lo que

determina la sentencia del TJUE de 22-2-2024, que se ha de partir, a la hora de resolver las cuestiones planteadas por la actora, de la utilización claramente abusiva y a todas luces injustificada de la contratación temporal. Y es que la empleadora en estos supuestos viene obligada a convocar oportunamente el correspondiente proceso de selección o promoción para cobertura de vacantes a fin de incorporar a su plantilla de trabajadores fijos a quienes lo superen, cumpliendo así los principios de igualdad, mérito y capacidad, siendo de todo punto inadmisibles tal demora en proceder a la cobertura de las plazas en la forma indicada, que supone asimismo contravenir frontalmente el principio de estabilidad en el empleo, y ello es así incluso en el caso de los trabajadores indefinidos no fijos, dado que también aquí se trataría en definitiva de contratos temporales. Y esto con independencia de que la prestación de servicios se produjera desde el comienzo de la vigencia del contrato sin solución de continuidad o con interrupciones sucesivas por suscribirse de forma más o menos inmediata un nuevo contrato de interinidad o se formalice la relación acudiendo a otra forma de contratación temporal, como ocurre con los trabajadores indefinidos discontinuos. Cuestión distinta sería que en la contratación no se haya abusado de esa temporalidad y la convocatoria o la resolución del proceso de selección se haya demorado en el tiempo durante un lapso razonable por motivos justificados. Pero no ha sido así y, constatado ese incumplimiento por parte de la empleadora, que ha utilizado en este caso de forma abusiva, injustificada e inusitadamente larga la contratación temporal, se impone analizar si en el presente supuesto de hecho la normativa aplicable anuda al mismo las consecuencias jurídicas pedidas por la actora en su demanda, en que, según lo indicado, solicita, por un lado, la declaración de fijeza absoluta de la relación laboral y, por otro, que se le indemnice en los términos interesados. Y, a la vista de lo actuado, podemos adelantar ya que no concurren en el presente supuesto los elementos necesarios que integrarían el hecho constitutivo de la acción –de esa acción doble, una declarativa y otra de condena solicitando el abono de indemnización– ejercitada en la demanda, que es lo determinante en todo caso para que procediera la estimación, total o parcial, de la misma. Lo explicamos: a) Ante la primera petición formulada en la demanda presentada, esta Sala ha analizado *in extenso* si es posible reconocer a la actora la fijeza pedida en su demanda, teniendo en cuenta ese incumplimiento empresarial y atendiendo a las circunstancias concurrentes. De suerte que, en dicha tesitura, nuestro planteamiento inicial se ha centrado en determinar si la medida más acertada debe ser la declaración de que la relación laboral se ha convertido en fija. Tal medida sería acaso la de aplicación preferente siguiendo lo apuntado en la sentencia del TJUE de 22-2-2024, ya que se dice que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco, “los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida.” Y se añade, poniendo de relieve ese amplísimo arbitrio judicial a que hemos hecho referencia, que “corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5.” Ahora bien, en un análisis reposado de esa sentencia, podemos observar que no se impone en ningún caso como medida que se acuerde la fijeza, ya que se dice simplemente que “la conversión de

esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida”. Y, según lo ya adelantado, la respuesta a esta petición de la actora ha de ser en el presente caso necesariamente negativa, según el criterio mayoritario de la Sala. La razón de ello es que, correspondiendo al juzgador únicamente la función de aplicar el derecho (y no la de crearlo), no existe amparo legal para reconocer a la demandante esa condición de fija de plantilla, pese a que consideramos totalmente inadmisibles que después de tantos años de prestación de servicios siga teniendo, en definitiva, un contrato que sería de naturaleza temporal, lo que podría haberse evitado en su caso mediante la actuación de la Inspección de Trabajo a fin de evitar que se produjera esa contratación totalmente irregular, sancionándose oportunamente mediante las medidas adecuadas. Así, en el supuesto de autos 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, por lo que se habría de rechazar esta primera petición de la demandante, dado que de lo contrario se podría hacer de mejor derecho a quien obtiene la fijeza por esta vía frente al que accede a tal situación mediante los procesos de selección correspondientes. Cuestión distinta sería que el trabajador que demanda esa relación laboral fija haya participado en el proceso de selección oportuno y lo haya superado aprobando la convocatoria aunque sin obtener plaza, pues en tal caso ese óbice desaparecería y no existiría impedimento alguno para que, incluso sin haber prestado servicios durante un período de tiempo tan inusitadamente largo (con lo que podría servir el de 5, 6 ó 7 años, según las circunstancias), obtuviera la fijeza pretendida. Pero no es este el caso que nos ocupa, en que, según la posición mayoritaria de esta Sala, nos estaría vetado acoger la pretensión de la demandante por la razón apuntada, pese a esa dilatada duración de su prestación de servicios para la demandada con carácter temporal, y en consecuencia habría de desestimarse en este punto la demanda presentada, si bien poniendo de relieve la llamada de atención que se hace en la sentencia del TJUE en el sentido de que han de adoptarse las medidas legislativas adecuadas para sancionar los abusos de referencia, así como que en la convocatoria de los procesos de consolidación no pueden obviarse, sino que han de considerarse en todo caso, los supuestos de utilización abusiva de los contratos temporales. Siendo sumamente importante que en casos como el presente se actúe conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Decimoséptima del EBEP, a la que hemos hecho referencia anteriormente y que ha de utilizarse en las Administraciones y entidades públicas con profusión y de manera generalizada y efectiva, actualizándose la correspondiente RPT con arreglo a las necesidades reales de la empleadora y con la vista puesta en la legislación laboral y en la que regula el empleo público, impidiendo que, en flagrante incumplimiento de la ley, haya un porcentaje desorbitado de trabajadores temporales por un uso abusivo de esta modalidad de contratación.”

En consecuencia, debe confirmarse el pronunciamiento de la sentencia de instancia que reconoce a la actora el carácter de indefinida no fija en la Entidad demandada pues de la normativa y jurisprudencia del TJUE no se puede desprender que la consecuencia del abuso y fraude en la contratación temporal sea la declaración de fijeza pretendida, y ello teniendo en cuenta que la sentencia del TJUE de 22 de febrero del 2024 que resuelve las cuestiones

prejudiciales planteadas por esta Sala acerca de tal figura del indefinido no fijo, no analiza las consecuencias que la declaración de fijeza podría tener en el ámbito de la Administración en relación al derecho fundamental a la igualdad recogido en el artículo 14 CE en relación con el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que consagra también el derecho de todas las personas a la igualdad ante la Ley, y ello considerando la doctrina del Tribunal Constitucional que precisamente por imperativo del artículo 14 CE viene a avalar la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la figura del indefinido no fijo con el fin de que la creación de una situación de irregularidad pueda ser una vía utilizada para dar lugar a un ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente correctos, sin respetar los principios de mérito y capacidad (Auto TC 122/2009 de 28 de abril). Entendemos por ello que la declaración de fijeza pretendida vulnera el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad recogido en el artículo 14 CE, previsión que se reitera además tanto en el EBEP, artículo 11 y 55 del EBEP. No podemos por ello apreciar las infracciones denunciadas tras desestimar el recurso formulado confirmamos la sentencia de instancia.

CUARTO.- No procede la imposición de costas de acuerdo con el artículo 235 LRJS, dada la condición de la actora de beneficiaria del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación formulado por D^a.
frente a la Sentencia dictada el veintiocho de mayo del dos mil veintiuno por el Juzgado de lo Social 5 de Madrid en autos seguidos con el número 365/2020 a instancias de la recurrente frente al AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN sobre DERECHOS, confirmamos la Sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante

esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de _____uros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº _____

que esta Sección Sexta tiene abierta en el _____, oficina sita en la Calle _____ d, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de _____. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN _____). En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo “observaciones o concepto de la transferencia”, se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (_____)

_____ pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S.). Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

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