

**LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS SON  
TRABAJADORES TEMPORALES DESDE LA PERSPECTIVA DE  
LA DIRECTIVA 1999/70/CE SOBRE TRABAJO DE DURACIÓN  
DETERMINADA**

*Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 26 de abril de 2022  
ECLI:EU:C:2022:337*

MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La cuestión prejudicial tiene por base un supuesto de encadenamiento de contratos temporales en fraude de ley celebrados por parte de una Universidad Pública. El demandante, técnico superior del grupo 1 en la Universidad de Barcelona, estuvo prestando servicios para la citada entidad mediante sucesivos contratos temporales por obra o servicio determinado desde 2005 a 2019, sin solución de continuidad, hasta que, llegada esa fecha, firmó un nuevo contrato de duración determinada, esta vez, de interinidad para ocupar la plaza vacante que, en realidad, llevaba ocupando desde sus inicios, a pesar de que no se hubiera creado; puesto que las tareas realizadas por el demandante seguían siendo las mismas.

El Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona consideró necesario que se resolviera la siguiente cuestión: si “la categoría de “indefinido no fijo” se corresponde con la definición, a la cual se alude en la cláusula 3 del Acuerdo, de trabajador con contrato de “duración determinada”, o bien se trata de un contrato de “duración indefinida”.

**RESUMEN:** Uno de los aspectos más controvertidos de la figura del indefinido no fijo es la de determinar su verdadera naturaleza; por ello, de forma recurrente, nuestros tribunales han venido planteando cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante), relacionadas con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, sobre el trabajo de duración determinada, al ámbito del empleo público. La pregunta más repetida ha sido la de si el trabajador con relación laboral de carácter indefinida no fija con la Administración, de acuerdo con nuestro derecho interno, se encuentra dentro del ámbito de aplicación

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Grupo de investigación SEJ-322.

de la Directiva. El pasado 26 de abril de 2022, el TJUE ha resuelto una de esas cuestiones, siguiendo la línea defendida en anteriores pronunciamientos, indicando que la Directiva resulta de aplicación a estos trabajadores; pero basando toda su afirmación en un aspecto importante, la naturaleza temporal de los mismos. El TJUE considerará que “las cláusulas 2 y 3, punto 1, 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 que ha estado vinculado a su empleador del sector público mediante sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y cuya relación laboral puede convertirse, como sanción, en «indefinida no fija», está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo Marco”.

### ÍNDICE:

1. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS
2. EL AUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
3. LA JURISPRUDENCIA DEL TS Y SU RESISTENCIA A EQUIPARAR A ESTOS TRABAJADORES CON LOS TRABAJADORES TEMPORALES
4. LA JUSTIFICACIÓN DEL JUZGADO DE LO SOCIAL PARA PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ASPECTOS RELEVANTES DE LA RESPUESTA DEL TJUE
5. LA CUESTIÓN DE FONDO
6. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PENDIENTES DE RESPUESTA

## 1. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

El pasado 26 de abril de 2022, el TJUE dictó un Auto dirigido a resolver una de las cuestiones prejudiciales del Asunto C-464/21, planteadas por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, mediante Auto de 27 de julio de 2021. En este Auto, el Juzgado preguntaba al Tribunal si “la categoría de “indefinido no fijo” se corresponde con la definición, a la cual se alude en la cláusula 3 del Acuerdo de trabajador con contrato de “duración determinada”, o bien se trata de un contrato de “duración indefinida”.

El supuesto sobre el que se basa la cuestión prejudicial es un caso de encadenamiento de contratos temporales en fraude de ley por parte de un ente público, en este caso, una Universidad Pública. El demandante, técnico superior del grupo 1 en la Universidad de Barcelona, estuvo prestando servicios para la citada entidad mediante sucesivos contratos temporales por obra o servicio determinado desde 2005 a 2019, sin solución de continuidad, hasta que, llegada esa fecha, firmó un nuevo contrato de duración determinada, esta vez, de interinidad para ocupar la plaza vacante que, en realidad, llevaba ocupando desde sus inicios, a pesar de que no se hubiera creado; puesto que las tareas realizadas por el demandante seguían siendo las mismas.

A pesar de que la pretensión inicial fue la declaración de su relación como indefinida no fija (INF, en adelante), durante el procedimiento judicial se cambió para que se declarara “fija” y, sólo subsidiariamente, INF.

Resulta indubitado para el Juzgado de lo Social que la relación laboral del demandante se encuentra en fraude de ley, ya que, como quedó acreditado en el procedimiento, las funciones y la categoría del trabajador fue siempre la misma. Sin embargo, el Juzgado remitente de la cuestión prejudicial, expone que, conforme a la normativa española, la jurisprudencia del TS y la reciente Ley 12/2021, la única “sanción”, desde su punto de vista “ineficaz” que prevé el ordenamiento es una indemnización y la consideración de la relación laboral como “indefinida no fija”.

Por todo lo expuesto en el Auto, que es extenso en su explicación de la evolución de la jurisprudencia del TS en la materia, y para poder resolver el objeto del litigio, considera el magistrado necesario preguntar al TJUE “si el trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo” que se utiliza en la doctrina judicial española debe asimilarse al trabajador con contrato de duración determinada o al trabajador con contrato de duración indefinida”. Y, en base a ello, plantea las siguientes preguntas, que, a su vez, son complementarias, según el propio magistrado:

“Primera. ¿Puede entenderse conforme a la definición de «trabajador con contrato de duración determinada» establecida en la cláusula 3 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, la figura del contrato “indefinido no fijo”, conforme la doctrina jurisprudencial interna, según la cual el contrato de trabajo se extingue en el momento en que se cubre la vacante que ocupa este trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo”, teniendo en cuenta que obligatoriamente se cubrirá esta vacante aunque no se conozca la fecha exacta?”.

“Segunda. ¿Puede entenderse conforme a la definición de «trabajador con contrato de duración indefinida comparable» establecida en la cláusula 3 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, la figura del contrato “indefinido no fijo”, conforme la doctrina jurisprudencial interna, según la cual el contrato de trabajo se extingue en el momento en que se cubre la vacante que ocupa este trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo”, teniendo en cuenta que obligatoriamente se cubrirá esta vacante aunque no se conozca la fecha exacta?”.

## **2. EL AUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

El TJUE considera que la cuestión es clara en la jurisprudencia emanada del mismo y, por ello, recurre a un Auto, conforme al procedimiento previsto en el artículo 99 de su Reglamento de Procedimiento de 25 de septiembre de 2012, que

establece que “cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado”.

Por tanto, pese a las expectativas que algunos habían puesto en la respuesta del Tribunal, parece que éste considera que la cuestión planteada no es nueva y responde manteniendo la misma línea jurisprudencial que venía construyendo; si bien, en mi opinión, dando un pequeño paso más.

Según el alto Tribunal, ante la cuestión de la aplicabilidad del Acuerdo Marco a una relación laboral que la jurisprudencia nacional califica de “indefinida no fija”, de la que es conocedor, después de tantos pronunciamientos, realiza dos precisiones; una en relación con la aplicación de la Directiva tanto al sector privado como al público<sup>1</sup>, bastante clara, también en su jurisprudencia. Y la segunda, en relación con la figura concreta del INF, indicando que “un trabajador que ha estado vinculado a su empleador del sector público mediante sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y cuya relación laboral puede convertirse, como sanción, en “indefinida no fija” está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo Marco”; confirmando lo ya expresado en anteriores pronunciamientos.

Pero, aclara además el TJUE, considerando que también esto puede deducirse de su jurisprudencia, que es irrelevante que la relación laboral se convierta, como sanción, en indefinida no fija, de acuerdo con la definición de esta figura en la jurisprudencia nacional; pues debemos considerarla incluida en el concepto de contrato de duración determinada. Y ello por cuanto “la relación laboral se extingue por la producción de un hecho o acontecimiento determinado, concretamente la decisión de la Administración de cubrir la plaza de que se trate, en particular, mediante un proceso selectivo, decisión que depende exclusivamente de la voluntad de la propia Administración”<sup>2</sup>. Por tanto, para el Tribunal, la conversión del contrato en “indefinido no fijo” no modifica la naturaleza del mismo.

Este mismo parecer del Tribunal quedó expresado en pronunciamientos anteriores, que recoge el propio Auto del 26 de abril, como en el Auto de 11 de diciembre de 2014, C-86/14, *León Medialdea y Ayuntamiento Huétor Vega*, en el que el TJUE afirmó que, independiente de que el contrato se denomine tras su conversión “contrato indefinido no fijo”, una persona que se encuentra en

<sup>1</sup> Vid. por todas, STJUE de 4 de julio de 2006, (TJUE 2006, 181), C-212/04, *Adeneler y otros*, de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 224), C-180/2004, *Andrea Vassallo*; de 8 de septiembre de 2011, C-177/10, *Rosado Santana* y 19 de marzo de 2020 (TJCE 2020, 17), C-103/18 y C-429/18, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*.

<sup>2</sup> Apartado 25 del Auto de 26 de abril de 2022.

esa situación, “está claramente incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco”<sup>3</sup>. En este caso, se trataba de una trabajadora del Ayuntamiento citado, periodista, que fue contratada en base a un contrato temporal de obra o servicio determinado y prorrogado de forma continuada durante 8 años. La trabajadora prestó sus servicios retribuidos al Ayuntamiento de forma ininterrumpida, hasta que éste aprobó una modificación de la relación de puestos de trabajo existentes en la entidad, suprimiendo algunos de ellos, entre los que se encontraba el de la trabajadora. Tras la comunicación de la baja, el Ayuntamiento no pagó ninguna indemnización a la trabajadora; razón por la cual ésta interpuso recurso contra la resolución de extinción de su relación laboral, solicitando, además, ante el Juzgado de lo Social que se declarara la improcedencia del despido.

El Juzgado consideró que la trabajadora fue contratada en fraude de ley, pero, consciente de la imposibilidad de convertir la relación laboral en fija, por los obstáculos que presenta para ello la necesidad de cumplir los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, eleva al TJUE la cuestión para que aclare si la jurisprudencia del TS sobre los indefinidos no fijos aplicable al caso determina que el INF es un trabajador de duración determinada, desde el punto de vista de la Directiva, o no. Y añade, además, tres cuestiones relacionadas con los derechos aplicables a estos trabajadores. Así, la primera se centra en preguntar si es compatible con el Derecho comunitario la interpretación y aplicación del derecho nacional que sigue la entonces mayoritaria jurisprudencia del TS, consistente en que cuando nos encontramos con contratos de trabajo de duración determinada fraudulentos en el sector público transformados en indefinidos no fijos, la Administración debe cubrir o amortizar la plaza unilateralmente, sin abonar ninguna indemnización alguna<sup>4</sup>. La segunda pregunta es si sería compatible con la Directiva la actuación de la Administración, de existir el abono de esa indemnización. Y la última, si sería compatible la actuación de la Administración si para acordar la cobertura o amortización debiera acudir a los procedimientos y causas previstos para los despidos por causas objetivas con abono de la misma indemnización.

A las cuestiones prejudicial planteadas, el TJUE responde, en primer lugar, que un trabajador que es declarado indefinido no fijo, conforme a nuestra jurisprudencia, está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva. También aclara que no es compatible con la Directiva (cláusula 5) una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos resultantes del

<sup>3</sup> Apartado 41.

<sup>4</sup> En la fecha del Auto *León Medialdea y Huétor Vega*, 2014, aún el TS consideraba que no había que abonar ninguna indemnización a los INF; pues fue la Sentencia de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), la que rectificó esta doctrina considerando procedente la aplicación del procedimiento previsto en los artículos 51 y 52 c) ET, en los supuestos de amortización de la plaza vacante ocupada por un trabajador.

uso de sucesivos contratos de duración determinada en el sector público. Y, por último, recuerda que corresponde al juzgado remitente apreciar, conforme a la normativa interna, qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador INF, “para considerar que esa indemnización constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

A raíz de dicho Auto del TJUE, el TS dictó su Sentencia de 6 de octubre de 2015 (rcud. 2592/2014), donde considera aplicable a estos casos de cese del INF por cobertura reglamentaria de la vacante, la indemnización prevista en el artículo 49.1 c) ET. Doctrina que, como sabemos, volvería a rectificar más adelante.

Idéntica afirmación sobre la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de los INF, encontramos en la Sentencia de 25 de julio de 2018, C-96/17, *Verdana Ayovi*, en la que, sin entrar a valorar el fondo de la cuestión considera que, dado que el juzgado remitente indica que un contrato de trabajo indefinido no fijo debe considerarse, con arreglo a los criterios que marca el Derecho nacional, contrato de duración determinada, el Tribunal concluye que la trabajadora implicada en el litigio principal “tiene la condición de trabajador con contrato de duración determinada, en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco y, por tanto, está comprendida en el ámbito de aplicación de este”<sup>5</sup>.

Y se puede considerar que es lógica la uniforme respuesta del Tribunal, atendiendo a la exposición de la jurisprudencia del TS que han venido haciendo los Tribunales de Justicia españoles, en relación con la figura del indefinido no fijo. Pues, como tantas veces ha indicado el TJUE, corresponde a los tribunales nacionales interpretar el derecho interno, que deberán determinar “si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco”<sup>6</sup>. De forma que no ha cuestionado en ningún caso el TJUE la jurisprudencia interna expuesta por los órganos judiciales que plantean las cuestiones prejudiciales; sino que, en base dicha exposición, toma la decisión. E insiste en que, “incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Apartados 25 y 26.

<sup>6</sup> Vid. entre otras, Sentencias el TJUE de 14 de septiembre de 2016 (TJUE 2011/255), *Martínez Andrés y Castrejana López*, C-184/15 y C-197/15, apartado 42 y 21 de noviembre de 2018, C-619/17, *De Diego Porras II*, apartado 89; y STJUE de 11 de febrero de 2021 (TJCE 2021/30), *M.V. y otros*, C-760/18, ap. 60.

<sup>7</sup> De nuevo, SSTJUE de 21 de noviembre de 2018, *De Diego Porras II*, ap. 90, de 11 de febrero de 2021 (TJCE 2021/30), *M.V. y otros*, C-760/18, ap. 61 y de 13 de enero de 2022 (TJCE 2021/265), C-282/19, ap. 86.

Por ello, es importante resaltar que el Juzgado de Barcelona aclara en su exposición que la relación indefinida no fija tiene un plazo temporal que determina su finalización, aunque éste sea incierto, ya que la Administración viene obligada a cubrir reglamentariamente la plaza y extinguir el contrato indefinido no fijo en el mismo momento en que se cubra. Y por eso, afirma, sin lugar a dudas, que “este criterio implica equiparar la situación de las personas con las que se ha utilizado abusivamente -o fraudulentamente- la contratación temporal y cuyo efecto, según la legislación española, sería el reconocimiento de su contrato como indefinido, con las que han suscrito un contrato de interinidad, y cuya vigencia es, por su propia naturaleza, temporal”.

### **3. LA JURISPRUDENCIA DEL TS Y SU RESISTENCIA A EQUIPARAR A ESTOS TRABAJADORES CON LOS TRABAJADORES TEMPORALES**

El Tribunal Supremo, después de algunos cambios de parecer, se puede decir que, poco a poco, va alejando la figura del indefinido no fijo de los contratos temporales para situarla en una posición más cercana a los trabajadores fijos; aunque no deja de reiterar en su jurisprudencia que estos trabajadores gozan de “un derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice”<sup>8</sup>.

Ya en sus sentencias de 20 y 21 de enero de 1998<sup>9</sup>, consideraba el Tribunal que estos contratos no podían considerarse sujetos a término porque se trata, como su propio nombre indica, de contratos de carácter indefinido; si bien, reconocía que no era posible que el trabajador consolidase el puesto de trabajo sin superar procedimientos de selección, debiendo poder optar a adquirir la condición de fijo de plantilla por los cauces reglamentarios habituales; siendo, por tanto, la cobertura reglamentaria de la plaza, “una causa lícita de extinción”. Por tanto, como posteriormente reiterara el TS, la Administración, ante la declaración judicial de la relación laboral como “indefinida no fija”, sólo tenía dos opciones dotar la plaza, si es que no lo hubiera hecho, y cubrirla por los procedimientos reglamentarios, o amortizarla; de forma que sólo reconoce estas dos posibilidades como única causa de extinción del contrato INF<sup>10</sup>. Y la inclinación de la Administración por una decisión u otra se haría depender de si el puesto de trabajo para el que el INF fue contratado tenía carácter estructural, es decir, respondía a necesidades no

<sup>8</sup> Vid. por todas, SSTS de 2 de julio de 2021, RJ 2021\3311, rec. 73/2020, 8 julio de 2021, RJ 2021\3734, rec. 1619/2020 y 16 noviembre de 2021, RJ 2021\5113, rec. 3657/2020.

<sup>9</sup> Recursos de casación para la unificación de doctrina 317/1997 y 315/1997 y RJ 1998/1000 y 1998/1138 respectivamente.

<sup>10</sup> STS de 30 de mayo de 2007, rec. 5315/2005, RJ 2007/6113.

temporales sino estructurales, o si, por el contrario, la prestación respondía a una necesidad temporal<sup>11</sup>.

No obstante, a pesar de que el TS acepta esta causa para finalizar la relación laboral de estos trabajadores con el ente público del que dependen, no duda en afirmar que las condiciones laborales y su consideración han de ser la de trabajadores indefinidos, acercando su régimen jurídico lo más posible a éstos y aceptando, como único límite, la consolidación del puesto de trabajo como fijo de plantilla. Por eso, en muchas ocasiones, el TS ha reconocido a estos trabajadores derechos propios de los trabajadores fijos, siempre que fueran compatibles con los principios constitucionales de acceso al empleo público<sup>12</sup>.

A mayor abundamiento, el reciente reconocimiento desde la propia jurisprudencia del TS de la existencia de trabajadores indefinidos no fijos-discontinuos, parece acercar, aún más, la naturaleza de esta figura a la de los trabajadores indefinidos, alejándola, de nuevo, de los temporales. Aunque hemos de aceptar también que la figura de los fijos discontinuos mantiene un carácter temporal en lo que se refiere a su actividad, a pesar de que se reitera en el tiempo.

Con este panorama, en mi opinión, no es posible afirmar que, desde la jurisprudencia del TS, los INF sean equiparables a los trabajadores temporales exactamente.

Desde estos pronunciamientos y, considerando que hay una limitación clara para el acceso a la condición de trabajador fijo y, por tanto, también una obligación de extinguir dicha relación laboral por parte de la administración, bien que, con causa justificada y previo pago de una indemnización, es desde la que el Juzgado de lo Social plantea la cuestión.

#### **4. LA JUSTIFICACIÓN DEL JUZGADO DE LO SOCIAL PARA PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL**

A pesar de que el Juzgado de lo Social de Barcelona es concedor de la jurisprudencia del TJUE, considera que hay razones para plantear la cuestión prejudicial.

Por un lado, basa la misma en la solicitud del demandante de que su relación laboral sea considerada “fija”; pues, a pesar de que, como dice el magistrado, existe una amplia y conocida jurisprudencia del TS que encamina a considerar la situación del demandante como una relación indefinida no fija, ya que no hay dudas de su carácter fraudulento, hay algunas cuestiones que impiden tener tan

<sup>11</sup> Vid. de nuevo Rodríguez Escanciano, S., “La jurisprudencia reciente...”, op. cit. p. 6.

<sup>12</sup> Tal es el caso del derecho de promoción. Vid. Sentencia de 2 de abril de 2018, (recurso 5315/2005).

clara esta consecuencia. Una de ellas es la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio e 2021, que reconoció una indemnización similar a la que correspondería por despido objetivo (art. 53 ET), en caso de que la interinidad por vacante superase los 3 años. En este caso y partiendo el magistrado de una equiparación entre el INF y el trabajador interino, dice en su Auto que “se ha incorporado la indemnización como un factor para prevenir la utilización abusiva de los contratos temporales, pero mantiene la misma naturaleza temporal de las personas consideradas “indefinidas no fijas”, puesto que la vigencia de su contrato está ligada al cumplimiento de una circunstancia que se producirá con toda seguridad -la cobertura de la vacante que ocupa-, lo cual desvirtúa por completo el efecto útil de la Directiva, ya que la indemnización se erige en la única medida, no eficaz, para prevenir la contratación temporal, y con cargo al erario público”.

La segunda es, como se indica en el Auto, que los términos “indefinido” y “fijo” son usados por el legislador laboral como sinónimos, pero en la doctrina judicial se han contrapuesto, sin que se haya explicado cuánta más seguridad de estabilidad otorga el término “fijo” que el “indefinido”, si en el artículo 15, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores se utiliza indistintamente “indefinido” (“[...]el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada) y “fijo” (“[...]transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa”).

## 5. ASPECTOS RELEVANTES DE LA RESPUESTA DEL TJUE

No obstante, y a pesar de la profundidad de la exposición de las razones que llevan al Juzgado de lo Social a plantear la cuestión, el TJUE resuelve con prontitud y de una forma muy escueta, reiterando anteriores pronunciamientos.

Deja claro, no obstante, sin cambiar de criterio, como en alguna ocasión ha sucedido, que la figura del “indefinido no fijo” se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70. Lo que no viene a añadir ninguna novedad a sus anteriores pronunciamientos<sup>13</sup>; pero añade dos aspectos que son clave, a mi entender, para avanzar algo más en la consideración de la verdadera naturaleza de los trabajadores INF. Afirma el TJUE que “es irrelevante que la relación laboral entre dicho demandante y su empleador se convierta, como sanción, en “indefinida no fija”; pues, siempre basándose en las afirmaciones del juzgado remitente, “el concepto de trabajador indefinido no fijo, tal como lo define la jurisprudencia

<sup>13</sup> También mantiene sus dudas sobre lo novedoso de éste y próximos pronunciamientos del TJUE Rojo Torrecilla, E., “Siguen los debates sobre el empleo público y la estabilización, y unas notas a propósito del auto del TJUE de 26 de abril de 2022 (asunto c-464/21)”, Entrada del Blog de 16 de mayo de 2022.

nacional, está incluido, en realidad en la definición de trabajador con contrato de duración determinada que figura en el Acuerdo Marco”.

Esta última apreciación del Tribunal, aunque se basa en la explicación que el órgano proponente de la cuestión prejudicial realiza sobre la figura del indefinido no fijo, que, por otro lado, no es desconocida para el TJUE, es más clara que las anteriores y relaciona directamente la figura del INF con la de un trabajador de duración determinada definido en la Directiva. Esta equiparación entre trabajadores INF y trabajadores de duración determinada a efectos de la Directiva viene justificada, según el TJUE por esa obligación de extinguir la relación laboral para cubrir la plaza por los procedimientos legalmente establecidos, que la jurisprudencia del TS impone a los empleadores públicos, pero que, como constata el TJUE, “depende exclusivamente de la voluntad de la propia Administración”.

Hasta aquí, la respuesta del Tribunal de Luxemburgo, se puede decir, es lógica, ya que, al existir una obligación de extinguir el contrato INF por parte de la Administración, aunque no sea cierta dicha fecha, éste no puede considerarse indefinido sino temporal.

Sin embargo, apostilla el TJUE que, de ser ello así, cuestión que corresponde comprobar al juzgado remitente, “la conversión de la relación laboral entre las partes en el litigio principal en indefinida no fija es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, pero no modifica la propia naturaleza de estos contratos”, y cita para ello, la jurisprudencia recogida en la STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Asunto León Medialdea*.

De este modo, el TJUE deja muy clara, en mi opinión, tres cuestiones; por un lado, la naturaleza temporal de los INF, sobre la base de que su relación laboral con la Administración tiene una duración a la que se pondrá fin cuando la propia Administración quiera. Y es esa la razón por la que habrán de ser considerados, a efectos de la aplicación de la Directiva, como trabajadores de duración determinada. En segundo lugar, que la conversión de una relación de duración determinada en el sector público en otra denominada “indefinida no fija” no altera dicha naturaleza temporal. Y, por último, que la conversión en INF de la relación es una sanción que, como hemos dicho, no modifica la naturaleza del contrato.

De esta última afirmación podríamos deducir, tal vez, que el TJUE está considerando que, como sanción disuasoria y efectiva, de las que exige la Directiva en su cláusula 5, no es válida; puesto que transformar el contrato de duración determinada en otro con la misma naturaleza no podría ser adecuado a los dictados de la citada norma comunitaria. Lo que nos llevaría, según la Directiva, a tener que contar con otras medidas suficientemente eficaces para evita el abuso de la temporalidad en el sector público.

## 6. LA CUESTIÓN DE FONDO

Todo lo expuesto lleva a pensar en una posible consecuencia del pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo cara a considerar el cumplimiento de la Directiva. Si la transformación del contrato temporal en indefinido no fijo, en cuanto sanción para evitar el abuso de la temporalidad en el sector público, es una medida adecuada para esta finalidad exigida por la Directiva.

Es posible encontrar muchas sentencias del TJUE donde se trata de dilucidar si la prohibición de transformar el contrato en “fijo” en el ámbito del sector público es conforme a los requerimientos de la Directiva, con resultado positivo<sup>14</sup>. Pues la Directiva no impone la conversión de los contratos de duración determinada abusivos en indefinidos, sino que corresponde a los Estados “determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido”; y elegir qué medida adoptarán en sus ordenamientos internos para evitar dicha utilización abusiva de la contratación temporal<sup>15</sup>. Pues, “para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”<sup>16</sup>.

Pero es que, en relación con esta solución, no se puede olvidar que, si la sanción es castigar el abuso en la temporalidad con más temporalidad, que es en esencia lo que el TJUE considera que debe ser una relación indefinida no fija, podríamos entender que no se cumpliría el objetivo de la Directiva<sup>17</sup>.

La conformidad de la doctrina de los INF acuñada por el TS, primero, y de Ley 20/2021 después, con los dictados de la Directiva es lo que se ha pretendido

<sup>14</sup> Vid. por todas, SSTJUE de 7 de septiembre de 2006, Asunto *Andrea Vassallo* y Asunto *Marrosu y Sardino*, C-180/04 y C-53/04, conforme a las cuales “la cláusula 5 del Acuerdo Marco no se opone como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferente en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del público”; lo que sí debe existir es “alguna otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de los contratos de duración determinada sucesivos”.

<sup>15</sup> Vid. STJUE de 14 de septiembre de 2016, Asuntos *Martínez Andrés y Castrejana López*, C-184/15 y C-197/15, apartado 39.

<sup>16</sup> SSTJUE de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, C-212/04, apartado 105; de 7 de septiembre de 2006, *Marrosu y Sardino*, C-53/04, apartado 49; de 7 de septiembre de 2006, *Andrea Vassallo*, C-180/04, apartado 34, y de 23 de abril de 2009, *Angelidaki y otros*, C-378/07 a C-380/07, apartados 161 y 184.

<sup>17</sup> Vid. Beltrán De Heredia, I., “El TJUE responde a la primera de las cuatro cuestiones prejudiciales sobre los indefinidos no fijos (ATJUE 26/4/22)”, entrada del Blog de 3 de mayo de

abordar desde las cuestiones planteadas por los tribunales españoles; siendo ésta una cuestión que a nadie deja indiferente, por la gran cantidad de dudas que plantea. Como sabemos, al ser la figura del INF una creación jurisprudencial que no se corresponde con una regulación específica y desarrollada por el legislador, genera una gran inseguridad, muy especialmente en relación con su naturaleza.

Como se ha indicado en algunas de estas cuestiones los términos “indefinido” y “fijo” son sinónimos para el legislador laboral, que los utiliza indistintamente en la norma que sanciona el abuso en la temporalidad de nuestro mercado de trabajo (art. 15 ET). Sin embargo, al crear una figura intermedia entre el carácter indefinido y la condición de fijo en el sector público, los esquemas conceptuales que se emplean en el derecho laboral, han de ser apartados para comenzar a concebir dicha relación con los parámetros del derecho administrativo. Efectivamente, es la “fijeza” como sinónimo de adquisición de la condición de empleado público que ocupa una plaza laboral fija o como funcionario, y como sinónimo de estabilidad, lo que está vetado a este personal “indefinido no fijo”. Por tanto, no es de extrañar que dicha relación “indefinida” no lo pueda ser desde el punto de vista del derecho laboral, pues no comprende el elemento principal, es decir, la estabilidad.

Desde este punto de vista, no extraña la decisión del TJUE que, sin entrar a valorar más cuestiones, considera que la naturaleza temporal del INF es algo que ya ha quedado claro en el ámbito de la jurisprudencia comunitaria. Sin embargo, sí es una naturaleza extraña para el concepto que la jurisprudencia del TS ha ido acuñando.

El TS aleja esta figura de la del trabajador temporal por varias razones; en primer lugar, porque está aplicando una sanción que recoge la norma laboral (art. 15 ET; y, en segundo lugar, porque va a ir reconociendo a estos trabajadores los derechos de los trabajadores indefinidos que sean compatibles con el respeto a los principios constitucionales y administrativos de acceso al empleo público.

Pero también se puede apreciar este alejamiento de la figura del trabajador de duración determinada al analizar la indemnización que, según el TS, les corresponde en caso de extinción de su relación laboral. Esta indemnización, como reconoció el alto Tribunal, es la que se regula en el artículo 53 ET para la extinción de la relación laboral por causas objetivas<sup>18</sup> y no la que contiene el artículo 49.1 c) ET para las extinciones de los contratos temporales. Indemnización muy parecida

2022, para quien “en efecto, puede entenderse que es un contrasentido que la sanción al abuso en la temporalidad sea la conversión del contrato en un nuevo contrato temporal. Pero también, a pesar de esta (al menos, «aparente») contradicción, podría defenderse que el TJUE se siente «cómodo» con esta «plasticidad» característica de la figura de los INF”.

<sup>18</sup> Jurisprudencia consolidada del TS desde la sentencia de 28 de marzo de 2017 (rcud. 1664/2015).

a la que el legislador ha decidido regular en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas destinadas al control de la temporalidad en el empleo público<sup>19</sup>.

## **7. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PENDIENTES DE RESPUESTA**

En la actualidad, al cierre de este comentario, quedan pendientes de responder cuatro cuestiones prejudiciales, planteadas por tribunales españoles; tres planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y una presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona. En éstas, insisten nuestros tribunales en plantear la adecuación de la Ley 20/2021 con la Directiva 1999/70/CE; especialmente, en lo referente a la regulación de la indemnización que podrá corresponder a los INF en el momento en que su relación laboral se extinga.

No obstante, a juzgar por los pronunciamientos que hasta ahora hemos conocido, no podemos confiar ciegamente en que el TJUE entre al fondo del asunto y valore la idoneidad de nuestra norma, desde el punto de vista de la Directiva comunitaria; aunque espero estar equivocada al respecto. Ya, al menos, sabemos que los trabajadores indefinidos no fijos no son indefinidos.

<sup>19</sup> Esta norma añade una disposición adicional decimoséptima al EBEP, conforme a la cual, “En el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades”.