

# LEX LABORUM

BOLETÍN JURÍDICO SOCIAL DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA.

Nº5 | julio 2024



## SUMARIO:

### **PLEITO TESTIGO, EXTENSIÓN DE EFECTOS Y SU UTILIDAD EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL**

Pilar Giménez Pérez. Magistrada del Juzgado Social 6 de Granada.

### **EFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA DE SALARIO FIJADO EN SENTENCIA DESPIDO.**

Óscar López Bermejo, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, actualmente en comisión de servicios como Letrado Coordinador de la Sala IV del Tribunal Supremo

### **LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y LOS IMPERATIVOS EUROPEOS SOBRE CONTRATACIÓN ABUSIVA: A PROPÓSITO DE LA REVERSIÓN DE ACTIVIDADES EXTERNALIZADAS EN EL SECTOR PÚBLICO**

Juan García Blasco Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza

### **LA SALA CUARTA PREGUNTA, DE NUEVO, A LUXEMBURGO SOBRE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS**

Susana María Molina Gutiérrez. Magistrada Especialista.  
Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Nº5 julio 2024

## LEX LABORUM

Boletín Jurídico Social de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria.  
ajfv@ajfv.es

### COMITÉ EDITORIAL:

Susana María Molina Gutiérrez.  
Óscar López Bermejo.  
María del Pilar Giménez Pérez.  
María José Hernández Vitoria  
Martín José Mingorance Gacía.

### CONSEJO ASESOR:

Lourdes Arastey Sahun.  
María Luz García Paredes.  
Blanca Lozano Cutanda.  
Andrés Martínez Arrieta.  
Pascual Martínez Espín.  
Juan Francisco Mestre Delgado.  
José Luis Seoane Spiegelberg.

Edita: Asociación Judicial Francisco de Vitoria.  
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook  
Diseño: Fotografía escogida por Óscar.

ISSN: 2605-275X

### EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Exención de responsabilidad: "Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de estos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. Asimismo, el Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoriano se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos".

03

## PLEITO TESTIGO, EXTENSIÓN DE EFECTOS Y SU UTILIDAD EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Pilar Giménez Pérez.  
Magistrada del Juzgado Social 6 de Granada

10

## EFFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA DE SALARIO FIJADO EN SENTENCIA DESPIDO

Óscar López Bermejo  
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla

15

## LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y LOS IMPERATIVOS EUROPEOS SOBRE CONTRATACIÓN ABUSIVA: A PROPÓSITO DE LA REVERSIÓN DE ACTIVIDADES EXTERNALIZADAS EN EL SECTOR PÚBLICO.

Juan García Blasco  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza.

22

## LA SALA CUARTA PREGUNTA, DE NUEVO, A LUXEMBURGO SOBRE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS

Susana María Molina Gutiérrez  
Magistrada Especialista. Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia de Madrid

# PLEITO TESTIGO, EXTENSIÓN DE EFECTOS Y SU UTILIDAD EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Pilar Giménez Pérez.  
Magistrada del Juzgado Social 6 de Granada

## 1. Pleito testigo como medida de agilización y optimización

No son pocos los análisis que se vienen haciendo, desde antes incluso de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2023, de las principales novedades que dicha norma ha introducido a nivel procesal en nuestro ordenamiento. El nombre del texto legal resulta a todas luces ambicioso: Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

Dentro de este proyecto de mejora, uno de los ámbitos que mayores cambios demanda es el laboral. La endémica carga de trabajo que asume este orden jurisdiccional en nuestro país exige reformas de calado que van desde la modernización, transformación digital y abrazo de las nuevas tecnologías para agilizar la tramitación de los procedimientos, hasta la dotación de medios materiales y personales acordes a las necesidades reales existentes, pasando por la adopción de medidas eficientes que

reduzcan la creciente litigiosidad. Al albur de esa agilización procesal se introducen en nuestra ley reguladora algunas figuras no poco controvertidas como el llamado pleito testigo.

El art.86 bis de la LRJS que lo regula se inspira en la jurisdicción contencioso administrativa donde ya existía. Al igual que allí ocurre, se prioriza la acumulación de procesos y, solo en el caso de que concurriendo las identidades necesarias ello no sea posible, se acude al procedimiento testigo.

## 2. Requisitos y dudas que suscitan

Como elementos nucleares de la aplicación de esta figura destacamos los siguientes:

- Debe ser el mismo juez, jueza o tribunal el competente para conocer de los distintos procedimientos. Los procesos en los que concurran el resto de presupuestos pero no éste, porque pendan ante distintos órganos del mismo partido judicial, ya no van a poder beneficiarse de esta posibilidad dado que, si son susceptibles de acumularse por el cauce del art. 29 de la LRJS, así deberá hacerse. Quizás una vez acumulados,

viendo la complejidad que supone la tramitación conjunta de esos procedimientos, puedan desacomularse para seguir con el pleito testigo, pero debe tenerse en cuenta entonces el trabajo que supone para la oficina judicial ese doble trámite (acumular los procedimientos de uno o varios juzgados, previa audiencia de cada parte y, una vez unificado, tras nueva audiencia, tramitar uno o varios y suspender el resto). Parece poco práctico desde la perspectiva de la agilización, aunque la unificación ante un mismo juzgado sí ayude a la seguridad jurídica y minorice el riesgo de resoluciones contrarias de la misma cuestión.

- El objeto y la parte demandada han de ser idénticos. Esta es la única exigencia a nivel objetivo, sin restricción en cuanto a la materia, aunque la práctica será la que determine qué procedimientos reúnen esas identidades y para los que resulte útil esta institución pues, aunque no se indica número mínimo de procedimientos, es lógico pensar que su mayor utilidad vendrá dada para numerosos procedimientos iguales (por ejemplo en cuestiones de personal al servicio de administraciones o grandes empresas).
- Se utilizará con procedimientos no susceptibles de acumulación o que no se hubiera podido acumular. Se ha de acudir aquí necesariamente a la regulación que la LRJS hace de los procedimientos acumulables, obligando a la acumulación si se da el supuesto. Se entiende, en

consecuencia, que el pleito testigo será potencialmente aplicable a los supuestos acumulables en los que la complejidad que conlleva la tramitación acumulada aconseje hacerlo de forma separada, algo que el juez deberá motivar suficientemente. E igualmente en materias en las que la norma no permite acumular, como puede ser la prestacional o el trabajo a distancia.

- Enlazando con lo anterior, resulta de la regulación legal una obligatoriedad de tramitar el pleito testigo en los casos en los que concurren los presupuestos. Debe tramitarse uno con carácter preferente pero igualmente hay que oír a las partes. Entonces ¿que ocurrirá cuando una de ellas se oponga? Poca importancia parece tener al tratarse de norma procesal de ius cogens que hay que aplicar, explicándose el trámite de audiencia para verificar si concurren las identidades y requisitos legales, pero no pudiendo oponerse por razones de conveniencia o estrategia procesal.
- En cuanto a la tramitación de uno o varios de forma preferente, según el propio texto legal, la preferencia viene determinada por la mayor antigüedad del procedimiento, que será el que continúe hasta la resolución. Pero algunas de las dudas que aquí se plantean son: ¿es el más antiguo el más adecuado para tramitar de forma preferente? Quizás no comprenda todas las cuestiones a abordar y exista otro más moderno pero más completo.

- La suspensión de los demás procedimientos hasta que recaiga resolución firme trae a debate la cuestión de si verdaderamente estamos ante una medida agilizadora. La demora que van a sufrir quienes ven suspendidos sus pleitos es evidente pues la resolución de uno de los procedimientos, que se señalará en el hueco de la agenda en que se pueda dado que no está prevista su preferencia respecto a otras materias, no va a llegar pronto probablemente. Además, no puede obviarse que, si se trata de una sentencia recurrible, habrá que esperar a la resolución del recurso de suplicación con el retraso que presentan igualmente las Salas. Si la sentencia es desestimatoria o si el resultado después no convence a los demás demandantes, habrá que volver a señalar, celebrar y resolver. Igualmente si la sentencia es favorable, se producirá una avalancha de peticiones de extensión de efectos con su tramitación correspondiente. El resultado final es un retraso incluso mayor. Quizás tenga sentido solamente para los procedimientos masivos ante TSJ o ante el propio TS frente a cuyas resoluciones no cabe recurso.

Una vez recae sentencia firme en el preferente, son tres las posibilidades del interesado cuyo pleito está suspendido: pedir la extensión de efectos, desistir o interesar la continuación del procedimiento. El desistimiento se entiende que se producirá cuando la pretensión ha sido desestimada y los

demandantes quedan convencidos de la falta de viabilidad de su demanda. Pero, en una jurisdicción como la social en la que no existe condena en costas -salvo en claros supuestos de temeridad y conociendo que en la práctica habitual son escasos los supuestos en que la misma se aprecia-, poco incentivo tiene quien demanda para desistir definitivamente de su pretensión. Lo normal en caso de continuar sería obtener el mismo fallo que lo ya resuelto, pero se celebrará un juicio con posibilidad de practicar otra prueba incluso. Nada se pierde por seguir intentándolo, quizás accediendo a una segunda instancia en la que otra sección aborde la cuestión, o pudiendo producirse entre tanto algún cambio de circunstancias o incluso de tendencia jurisprudencial que lleve a la estimación. De manera que, tanto si no hay estimación plena de las pretensiones del actor, como incluso en el caso de desestimación, queda abierta siempre la posibilidad de instar la continuación de los autos e intentar obtener un procedimiento favorable.

### **3. La extensión de efectos**

La tercera opción para el demandante en una reclamación suspendida por los cauces del pleito testigo es solicitar la extensión de efectos.

Como medida de agilización procesal existía esta figura en la jurisdicción contencioso administrativa para los llamados pleitos en masa. Miles de reclamaciones idénticas (en materia tributaria o en reclamaciones de

funcionarios) pueden abordarse de forma más práctica a nivel decisorio, resolviéndose una vez la cuestión de fondo que comparten todas las demandas y reduciendo el resto a un mero trámite procesal.

Con la última reforma, esta institución se introduce en otras jurisdicciones y, en lo que a la nuestra atañe, el art. 247 bis de la LRJS la recoge con las siguientes características comunes:

- Es necesario que exista una sentencia firme que resuelva lo que se pretende. El requisito de la firmeza supone que la situación jurídica que se reconoce y pretende extender no es susceptible de revocación, es definitiva y produce efectos de cosa juzgada entre las partes. No cabe frente a la misma ningún recurso de suplicación, casación ni -como ahora veremos- cuestión ante el TJUE.
- En ella ha de reconocerse una situación jurídica individualizada. A diferencia de la jurisdicción contencioso administrativa que restringe las materias en las que puede acudir a esta figura, en la social puede ser en cualquier ámbito. Y debe tratarse de un pronunciamiento con efectos inter partes, excluyéndose los que produzcan efectos erga omnes como sería la anulación de un acto administrativo en un concurso.
- Debe existir identidad de situaciones jurídicas. Pero lleva este presupuesto a preguntarse hasta donde es exigible la identidad. ¿Cabría admitir

diferencias de periodos o cantidades? Cualquier elemento susceptible de prueba y que pudiera dar lugar a un pronunciamiento diferente, como a la apreciación de una excepción procesal o de fondo- falta de reclamación previa o la prescripción-, ya no va a tener cabida. La Sala III del TS habla de identidad sustancial en la posición jurídica. De ahí el carácter estricto de esa identidad.

- La competencia territorial para conocer de las pretensiones debe corresponder al mismo órgano judicial. Aquí entran en juego los posibles usos fraudulentos que haga cada interesado de las normas de competencia, siendo inevitable la posibilidad de elegir solicitar la extensión en aquél órgano competente que más convenga, bien sea porque en ese ya no cabe recurso mientras que en otro sí (diferentes cuantías por ejemplo, siendo la cuestión nuclear sustancialmente idéntica) o porque se ha resuelto por el juzgado del partido con menos retraso y, por tanto, antes. Se está así permitiendo elegir al demandante el juez que conocerá de sus pretensiones, aunque sea sin entrar al fondo.

Solicitada así la extensión de efectos por quien estuviere interesado y tramitado el incidente como prevé la norma, si se constata la concurrencia de la identidad de situaciones jurídicas, la decisión del órgano solamente puede ser estimatoria en los mismos términos de la resolución cuyos efectos se pretenden extender. Existen, no obstante, varias causas obstativas de la estimación:

- Que exista cosa juzgada. Algo lógico y llamado a impedir que quien ya reclamó en sede declarativa, quizás ante otro tribunal, pretenda ahora beneficiarse con la aplicación de los efectos de una resolución más beneficiosa a sus intereses. Lo que en modo alguno puede impedirse, sin embargo, es que cualquier interesado presente demanda declarativa y si, entre tanto, se obtiene ya un pronunciamiento favorable de la misma cuestión, desista del mismo e intente la extensión de efectos, más ágil en principio; y hay que decir “en principio” pues en el caso de las cuestiones en las que más claramente se va a poder aplicar esta figura, como las reclamaciones masivas en materia de personal, existe una elevada posibilidad de que haya ya numerosos procedimientos tramitados por la vía del pleito testigo y la celeridad nuevamente se encuentre limitada. Por no hablar de la carga de trabajo que soportan ya nuestros juzgados que impide tramitar y resolver prácticamente nada en el tiempo en que le correspondería.
- El segundo motivo para desestimar el incidente es la existencia de doctrina de TS o del TSJ competente contraria a lo que estimó el fallo. Como señaló la Sala III del Tribunal Supremo, en Sentencia núm. 3135/2022, de 20 de julio, lo que se pretende con esto no es revisar una sentencia firme sino evitar que un pronunciamiento contrario a derecho se expanda. Y analizando este motivo de desestimación, esa misma sentencia nos recuerda que la mención a la conformidad de lo resuelto con la jurisprudencia como exigencia para extender los efectos debe entenderse referida también a la del TJUE e incluso a la constitucional. ¿Qué sentido tendría expandir un pronunciamiento que se considera contrario al derecho de la Unión o a nuestra propia Constitución? En este aspecto, la redacción reciente de la figura de la extensión de efectos bien podría haber incorporado la mención a dichos tribunales pero directamente se traslada la redacción que existía en la LJCA.

Podríamos incluir aquí un requisito al que no se alude expresamente pero se infiere de la propia regulación. Y es que la pretensión no hubiese alcanzado estado en vía administrativa, esto es, que no se hubiera convertido en acto consentido y firme por no haber sido impugnada debidamente. De ser así, se entiende que quien dejó que el acto se convirtiera en firme no puede ahora pretender beneficiarse del pronunciamiento favorable.

Volviendo al pleito testigo, para extender los efectos del pronunciamiento recaído en el procedimiento tramitado preferentemente, hay que requerir a los demandantes cuyos pleitos están suspendidos para que opten por cualquiera de las tres posibilidades referidas. Traslado aquí las reflexiones sobre la verdadera utilidad de esta figura, cuando la extensión de efectos queda totalmente en manos del interesado que puede optar por seguir, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones, el valor de esta voluntariedad reside para el interesado

en su derecho a la tutela judicial efectiva. Resuelta muy cuestionado el respeto al mismo en un incidente en el que se aplica directamente en ejecución lo resuelto para otro justiciable, sustrayendo así el derecho a la primera instancia a quien ve su pleito suspendido. Pero ese derecho de audiencia y la verdadera voluntariedad que subyace en la extensión de efectos en tales casos permite considerar salvaguardado este derecho fundamental, dado que siempre puede optarse por continuar con el procedimiento declarativo al completo. Cuestión distinta es la afectación de ese derecho no ya por no poder elegir, sino por las dilaciones a que se ha hecho referencia por la sobrecarga de señalamientos.

#### **4. Apunte final**

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, la duda que parece asomar a nivel general es si realmente sirven estas instituciones para optimizar recursos, siendo esa la razón de ser que le concede la exposición de motivos de la norma que las introduce.

Este mecanismo de agilización procesal, previsto ya en su momento para pleitos repetitivos ante la Administración pública, hay quien lo entiende encuadrado también en la línea marcada por la UE de introducción de mecanismos de resolución alternativa de conflictos pero, dados los inconvenientes que plantea su aplicación a la realidad de nuestros tribunales, parece dudosa su verdadera utilidad en ninguno de estos sentidos.

Quizás ha ignorado el legislador la

realidad de la jurisdicción social, no solo en la primera instancia donde se plantean muchos de los problemas que se han señalado, sino también en las Salas de suplicación. La extensión de efectos a veces genera discusiones en los correspondientes incidentes que dan lugar a recurso y congestionan la segunda instancia. Sumado a ello el aumento de litigiosidad que conllevará la previsión del art. 191.3 de la LRJS que permite ahora recurrir en suplicación cualquier sentencia susceptible de extensión de efectos, lo que amplía la competencia de las Salas a asuntos que antes, por razón de la cuantía, quedaban fuera de su conocimiento.

Poca agilización y reducción de la carga de trabajo parece traer esta reforma pero, como siempre ocurre, habrá que esperar a que el tiempo hable.

-----  
El art. 29 LRJS dispone que Si en el caso del artículo anterior las demandas pendieran en distintos procesos ante dos o más juzgados de lo Social de una misma circunscripción, también se acordará obligatoriamente la acumulación de todas ellas, de oficio o a petición de parte. A tal efecto, las partes deberán comunicar esta circunstancia ante el juzgado o tribunal que conociese de la demanda que hubiera tenido entrada antes en el Registro.

Sala III en su sentencia de 18 de septiembre de 2018 (rec. 1403/2016).

Sentencia núm. 3135/2022, de 20 de julio

Sala III del Tribunal Supremo.

La referida STS, Sala III, núm. 3135/2022, aclara en el ámbito contencioso administrativo:

Por jurisprudencia este precepto no entiende solamente la del artículo 1.6 del Código Civil sino también los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia. Y también se debe considerar incluida en él la doctrina que proceda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la del Tribunal Constitucional si es que la extensión de efectos interesada pudiera infringir su interpretación del Derecho de la Unión Europea o la Constitución.

(...)

1.º Las previsiones del artículo 110.5 b) de la Ley de la Jurisdicción han de extenderse a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a la del Tribunal Constitucional. Por otra parte, la pendency de algún recurso de casación sobre la cuestión determinante de la extensión de efectos basta para acordar la suspensión que prevé el artículo 110.6 de la Ley de la Jurisdicción.

. El art. 438 bis de la LEC en su apartado 3º sí establece un deber de justificación de las razones para interesar la continuación que puede tener reflejo en materia de costas.

. MARIA LUISA DOMÍNGUEZ BARRAGÁN. Historia y fundamentos de la extensión de efectos de sentencias firmes como figura procesal autónoma. Estudios de Deusto. Julio 2019.

# EFFECTO POSITIVO DE LA COSA JUZGADA DE SALARIO FIJADO EN SENTENCIA DESPIDO.

Óscar López Bermejo.

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, actualmente en comisión de servicios como Letrado Coordinador de la Sala IV del Tribunal Supremo.

## INDICE.-

- I.- Introducción.
- II.- Identificación de resoluciones comentadas.
- III.- Problema suscitado.
- IV.- Antecedentes: posición del Tribunal “a quo” y de la sentencia de contraste, con pasajes relevantes para una precisa comprensión del contraste, controversia y resolución posterior.
- V.- Normativa y doctrina jurisprudencial aplicable.
- VI.- Decisión definitiva, principales conclusiones.
- VII.- Apunte final.

## I.- Introducción.

En la presente sentencia analizada se despeja una cuestión procesal siempre recurrente en la primera instancia de los órganos judiciales, como es la relativa al alcance que la cosa juzgada positiva puede desplegar respecto del elemento fáctico esencial, como es el salario día, que debe constar en toda sentencia de despido; además, de qué manera condiciona, por mor de la citada excepción procesal, a una posterior sentencia de reclamación

de cantidad, con el dato relevante de que la contienda del segundo proceso surge inmediatamente después de ser readmitidos los trabajadores en cumplimiento de la demandada del fallo de nulidad del despido.

## II.- Identificación de resoluciones comentadas.

Tipo de resolución.- Sentencia.

Órgano Judicial.- Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución y fechas. STS 591/2024 de 26 de abril (3394/2021).

Ponentes.- D. ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO..

Voto particular.- No existe.

## III.- Problema suscitado en el pleito.

Se plantea la duda jurídica de la incidencia que el dato fáctico del salario día, fijado en una sentencia declarativa de la nulidad del despido, pueda tener por causa del efecto de cosa juzga en su dimensión positiva, cuando los trabajadores, tras su readmisión, presentan demanda de reclamación de cantidad por diferencias

salariales entre lo abonado por el ayuntamiento demandado y el salario día reflejado en la sentencia de despido.

### **IV.- Antecedentes: posición del Tribunal “a quo” y de la sentencia de contraste, con pasajes relevantes para una precisa comprensión del contraste, controversia y resolución posterior.**

1º.- La sentencia dictada por el Juzgado de primer grado (Social nº 2 de Algeciras), desestima la reclamación de cantidad de las actoras; al hilo de la cuestión aquí tratada (cosa juzgada positiva), rechaza su aplicación a su procedimiento ordinario al no concurrir identidad de objeto y causa de pedir con lo resuelto en el previo proceso de despido. En éste, las cuestiones discutidas sólo fueron la naturaleza de la relación laboral y análisis de la extinción laboral.

2º Interpuesta suplicación por los demandantes, la sentencia nº 1818/2021 dictada el 1 de julio de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Sevilla), en el recurso de suplicación nº 3605/2019, presenta como fallo el siguiente tenor: *“Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Jose Carlos y 15 trabajadores más contra la sentencia de fecha 8 de julio de 2019, dictada por Juzgado de lo Social número 2 de Algeciras en los autos nº 70/2019 , seguidos a su instancia frente al Ayuntamiento de Los Barrios en Reclamación de cantidad, confirmando lo resuelto en la misma”.*

Sustenta su decisión, siguiendo la línea de la instancia, en que el salario día no fue objeto de debate en la sentencia de despido; además, el salario diario no aparece desglosado.

3º La sentencia de contraste, dictada por el mismo Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 24 de junio de 2021 (Rec 3220/19), revoca en parte la de instancia y condena al Ayuntamiento demandado a abonar al actor la cantidad petitionada. Es un caso igual a la sentencia recurrida en casación, con un trabajador del mismo ente local que solicita las diferencias salariales, resolviendo la sentencia de contradicción que sí procede aplicar la cosa juzgada positiva, provocada por la previa sentencia de nulidad de despido, en cuanto a que el salario día plasmado en esta resolución sirve de referente para el proceso ordinario posterior.

4º En la STS que ahora analizamos aprecia la contradicción pues *“pretensión es la misma, sin embargo, las sentencias ofrecen soluciones encontradas, pues mientras que la recurrida considera que la previa sentencia de despido no produce el efecto positivo de la cosa juzgada respecto al salario en el pleito actual, la de contraste mantiene la posición contraria”.*

5º.- En la STS 591/2024 de 26 de abril (3394/2021), casa y anula la sentencia de suplicación objeto de casación para unificación de doctrina.

## **V.- Normativa y doctrina jurisprudencial aplicable.-**

### 1º.- Normativa:

Artículo 222.4 LEC dispone “4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”.

2º.- Jurisprudencia citada por la Sala de lo Social del TS para resolver el recurso.

2.1.- STS de 14 de julio de 2009 (rcud 3521/2007), donde, respecto del efecto de la cosa juzgada positiva en un posterior proceso de reclamación de cantidad, señala “está por encima de las posibles disparidades fácticas que puedan aparecer en uno y otro proceso; la fuerza vinculante de toda sentencia firme se impone, aún cuando en el proceso posterior se hubiesen acreditado hechos diferentes de los que se constataron en ella, pues así lo exige la propia naturaleza, esencia y fines del instituto de la cosa juzgada. Si se admite que los datos fácticos de una sentencia firme, puedan quedar sin efecto por las actuaciones llevadas a cabo en un litigio posterior, se viene abajo toda la estructura que sostiene dicho instituto, el cual es uno de los principios y básicos que conforman el Derecho procesal español. Tal posibilidad eliminaría o suprimiría la institución comentada, con el completo quebranto de la seguridad

jurídica que con ello se produciría, pues si se admite que los hechos en que se basa la sentencia firme pueden ser modificados, con plenas consecuencias y efectos, en un pleito normal u ordinario posterior, ello significaría que tal sentencia firme carecía de fuerza vinculante”.

2.2.- También se cita la STS 86/2014 de 23 de enero (rcud. 2716/2022), donde se ventila cómo afecta la condena por sentencia firme a una Administración autonómica en un proceso de cesión ilegal, en el posterior proceso de reclamación de cantidad frente a la misma demandada. En este pronunciamiento se admite la eficacia de la excepción de cosa juzgada positiva por lo que la decisión que ha de adoptarse en el segundo proceso está supeditada al primigenio, que actúa como elemento condicionante de carácter lógico o prejudicial.

## **VI.- Decisión definitiva, principales conclusiones.-**

Como ya hemos adelantado, la STS 591/2024 de 26 de abril (3394/2021) estima el recurso y considera que sí procede acudir en el proceso ordinaria de cantidad al efecto positivo de la cosa juzgada causada por la sentencia de nulidad del despido cuando en éste se fija el salario. Los pilares de tal conclusión se recogen en el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS, que podemos entender de la siguiente manera:

1º La cosa juzgada genera seguridad jurídica, para lo que se debe cumplir el requisito de identidad subjetiva o de las mismas partes, a lo que sumar que se

haya tratado la cuestión del salario día.

2º Para que despliegue efectos la cosa juzgada no parece necesaria que en el juicio del despido y su posterior sentencia haya existido una intensidad concreta de disputa sobre este elemento fáctico, pudiendo ser un hecho pacífico o controvertido -con mayor o menor profusión entre las partes-.

3º Conviene transcribir las últimas de las razones fijadas en el citado FFDD 4º de la STS al señalar: *“Finalmente, no podemos negar que en algunos supuestos existan dos pronunciamientos -el primero como base generadora de la cosa juzgada positiva sobre un segundo- entre los que existan variaciones por el devenir de situaciones o circunstancias que permitan un nuevo debate sobre los elementos a analizar e impida, por ello, la entrada en juego del instituto examinado. A modo de paradigma, el lapso temporal puede ser un factor causante de esta alteración, pero tal evento no ocurre en el presente caso. Desde el día del despido hasta la readmisión no ha ocurrido circunstancia alguna con trascendencia jurídica que permita un debate sobre la alteración del salario día, precisamente por no haber estado prestando servicio para el Ayuntamiento demandado en esta franja de tiempo, por lo que se debe estar al salario día de la sentencia de despido como guía para resolver las diferencias reclamadas por cada demandante en el proceso ordinario.”*

4º Fijación de la doctrina.- Lo resuelto sobre el salario en la previa sentencia firme de despido vincula al posterior proceso ordinario, donde se reclama el pago de

salarios correspondientes al período inmediato posterior a la readmisión de los trabajadores en cumplimiento de la calificación como nulo del despido.

### **VII.- Apunte final.-**

Tras la lectura de todo lo anterior, considero que estamos ante una cuestión que de forma recurrente sucede en la instancia, cuando, tras el despido de un trabajador, se tramitan de forma separada el proceso de despido y el de reclamación de cantidad. La realidad procesal demuestra que, con carácter general, al existir una previsión legal de tramitación urgente y preferente en favor del proceso de despido, supone que se resuelva antes que el ordinario de cantidad; por lo tanto, lo que allí se resuelva sobre el salario día puede afectar -o afectará casi seguro- al posterior proceso de cantidad. Por esto, tras la STS, que ahora comentamos, se sienta un precedente por el que las partes del proceso dedican mayor esfuerzo de alegaciones y/o prueba sobre la determinación del salario día que se deba consignar en la sentencia de despido.

No obstante, hay un factor determinante que permite clarificar que la cosa juzgada positiva no supone un cheque en blanco para aquella parte que pretende su utilización, porque le resulte favorable en el posterior proceso de cantidad. Tal factor cardinal es que debe mediar cercanía entre la sentencia de despido y las cantidades reclamadas después en el proceso ordinario; si bien, habrá que valorar cada órgano judicial cómo interpretar tal elemento de proximidad

entre ambos actos procesales (sentencia despido y la demanda generadora de ordinario por reclamación de cantidad).

Finalmente, creemos que tal confusión, generada principalmente por la tramitación separada de un proceso de despido y otro posterior de cantidad entre las mismas partes, puede tender a su desaparición con la modificación introducida por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, cuando en el art. 26.3 LRJS señala que “...*El trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de las cantidades vencidas, exigibles y de cuantía determinada adeudadas hasta esa fecha,...*”. Parece que ello nos lleva a permitir la necesaria acumulación de las cantidades al proceso de impugnación de despido, aunque los titulares del poder judicial conservan cierto margen de maniobra para negarse a tal acumulación si afecta a la celeridad exigida por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en la tramitación de los procesos de despido. No obstante, será la praxis la que nos permita obtener una perspectiva más real.

# LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y LOS IMPERATIVOS EUROPEOS SOBRE CONTRATACIÓN ABUSIVA: A PROPÓSITO DE LA REVERSIÓN DE ACTIVIDADES EXTERNALIZADAS EN EL SECTOR PÚBLICO..

Juan García Blasco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza

## SUMARIO.

- 1.- La recuperación de actividades objeto de contratos en el ámbito público.
- 2.- La insatisfactoria garantía de protección de los trabajadores en la transmisión de empresa por reversión de actividades externalizadas: el imperativo comunitario de seguridad en el empleo y la STJUE de 11 de febrero de 2021.
- 3.- La constatación (y los problemas aplicativos) de la STJUE de 22 de febrero de 2024.

### **1.- La recuperación de actividades objeto de contratos en el ámbito público.**

Desde hace ya un tiempo se produce por parte de las Administraciones públicas la recuperación de la adjudicación directa de algunas actividades objeto de contratos o concesiones a través de una reversión, con especial incidencia en el ámbito local, dando lugar a la denominada remunicipalización. Sin entrar ahora en los muchos aspectos jurídicos que plantean estos fenómenos, conviene hacer algunas consideraciones

sobre esta actuación y la propia concurrencia, así como sus efectos, de la transmisión de empresa, especialmente los relacionados con la conservación del empleo de los trabajadores de las empresas concesionarias, cuestión polémica, entre otras cosas, por la falta de una regulación legal que deriva en la existencia de problemas interpretativos en la jurisprudencia comunitaria y nacional. A ello se unen los eventuales choques entre las garantías laborales de la transmisión de empresa y la falta de compatibilidad entre el principio de estabilidad en el empleo y los principios constitucionales que garantizan el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, así como la dificultad (imposibilidad) de modificar o transformar el régimen jurídico de la prestación de servicios cuando el puesto de destino sea de naturaleza estatutaria o funcional.

Aunque no cabe una comparación entre la problemática de la externalización y la reversión, sobre todo respecto de sus efectos sobre la plantilla, la experiencia aplicativa nos dice que los trabajadores en la primera luchan por mantenerse en sus puestos de trabajo originarios, mientras

que, en la segunda, la actividad puede dar lugar a solicitudes de integración (o reintegración) en la empresa principal, que sólo proceden si existe una verdadera transmisión en términos legales, esto es, sucesión de una a otra empresa de medios organizados con fines productivos.

No parece así, por lo ya expuesto, que sea fácil aplicar la doctrina de la sucesión de plantillas al supuesto de reversión. Menos dificultades se plantean en la referida a actividades integradas por medios materiales o equipamientos que constituyan un soporte económico suficiente o bastante para mantener en vida la actividad empresarial. A tal efecto, aún reconociendo los diferentes criterios mantenidos por los Tribunales, puede señalarse que el dato de que las infraestructuras o medios materiales pertenezcan a la administración que descentraliza y las entrega a la empresa contratista para desarrollar la actividad o el servicio encomendado no impide que pueda apreciarse una sucesión empresarial encuadrable en el ámbito de la aplicación de la Directiva 2001/23, esto es, de una transmisión de empresa.

Por el contrario, la Directiva no se aplica a situaciones en las que una Administración pública, titular de la actividad, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos su explotación a otra empresa, decidiendo posteriormente poner fin a dicho contrato y explotarla ella misma, contratando nuevo personal. La simple reversión así de medios no implica la transmisión y sus efectos subrogatorios, pues lo que se requiere es que se sigan prestando los servicios, que

se convierte en el criterio configurador de la transmisión al producirse entonces la necesaria continuidad y, en su caso, la identidad de la entidad económica, debiendo, eso sí, exigirse que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido, esto es, que la transmisión afecte a relaciones laborales vigentes.

La reciente jurisprudencia (STS de 13 de octubre de 2020) insiste en que el hecho, por tanto, de que se produzca la reversión para prestar de forma directa la actividad por la Administración pública con su propio personal y con sus propios materiales no implica una sucesión de empresa y la aplicación del art. 44 de la LET, si además no ha asumido parte alguna de la plantilla adscrita a la contrata (STS de 26 de septiembre de 2017).

Hay además un dato relevante en este pronunciamiento relativo a la subrogación prevista en el convenio colectivo sectorial propio de la empresa adjudicataria de la contrata, de forma que no cabe invocar aquélla si la actividad que desarrolla ahora la Administración pública queda fuera del campo aplicativo del convenio que la impone y ni siquiera concurre ausencia de norma convencional aplicable. Esto es, la técnica protectora de la subrogación convencional sólo opera si la nueva empresa está bajo el ámbito funcional del convenio que la establece. Y es que no cabe imponer la obligación de subrogación en los contratos de trabajo derivada de un convenio colectivo que no resulta de aplicación al cesionario por referirse a un ámbito funcional y personal distinto. Como tampoco

puede un convenio colectivo de empresa incorporar una cláusula de subrogación empresarial que sería nula (STS de 12 de marzo de 1996), correspondiendo esta posibilidad, en su caso, a los convenios colectivos sectoriales. Otra cuestión es que proceda por concurrir los requisitos y exigencias del art. 44 de la LET.

### **2.- La insatisfactoria garantía de protección de los trabajadores en la transmisión de empresa por reversión de actividades externalizadas: el imperativo comunitario de seguridad en el empleo y la STJE de 11 de febrero de 2021.**

Esta última circunstancia es, por tanto, relevante a efectos de la protección de los trabajadores, pues un eventual despido anudado al cese de la actividad en el caso de que no haya transmisión de empresa con posterioridad y, en consecuencia, subrogación, priva a los trabajadores de las necesarias garantías.

El objetivo de la Directiva es, se insiste, garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores y no extender eventualmente los mismos, esto es, que la protección de la que se disfrutaban en virtud del art. 44 de la LET no se deteriore por el hecho de la transmisión. Los trabajadores así remunicipalizados los siguen manteniendo, sin que quepa, por ejemplo, su sometimiento a un procedimiento de selección ni alterar su vínculo de empleo (STJUE de 13 de junio de 2019, asunto Correira Moreira sobre la

que vuelvo mas adelante).

En todo caso, lo que se aprecia desde la perspectiva que ahora me ocupa es que la ausencia de regulación sobre esta realidad y las divergencias judiciales a las que se anuda afectan a la seguridad jurídica, al concurrir diversidad de criterios que dificultan su aplicación e interpretación. No parece así razonable que la garantía de protección del empleo y de los derechos de los trabajadores afectados se haga a golpe judicial, debiendo manejar además la compleja, profusa y problemática doctrina jurisprudencial que determina la aplicación del régimen legal previsto en el art. 44 de la LET. A ello se añade la singularidad derivada de la dimensión pública de la Administración empleadora, y las anudadas a las propias exigencias a las que haya de sujetarse, con un mínimo de seguridad, la existencia, en ese ámbito, de una transmisión.

En este escenario, parece especialmente relevante atender con carácter preferente a la protección del empleo mas que a las garantías de tutela de otras situaciones unidas a la relación laboral. Parece así necesario que los efectos jurídicos de la transmisión se acomoden a las características y singularidades que ofrecen los fenómenos de externalización, cambio de contratistas o manifestaciones de reversión, que son distintos de los supuestos clásicos y tradicionales en los que se inspira la regulación legal estatutaria, por lo que la exigencia de los mismos requisitos para la concurrencia de la transmisión, así como sus efectos, no parece hoy adecuada, ni deseable. Y todavía con mas

razón después de la reciente STS sobre la inidoneidad del contrato temporal de obra o servicio en estos fenómenos de contratación de la que me he ocupado con anterioridad.

Parece, por consiguiente, que podría plantearse, en el tratamiento jurídico conjunto de las garantías para la protección del trabajador en la transmisión de empresas para los supuestos mencionados, otorgar un privilegio normativo precisamente al empleo y, en consecuencia, a la continuidad de los contratos de trabajo, que es el efecto caracterizador de la transmisión, sin exigir, ni imponer todas las obligaciones que implica la misma técnica protectora de la subrogación para las empresas afectadas, sobre todo las que traducen cargas excesivas y difíciles de asumir, especialmente en la situación económica actual, para el nuevo empresario, lo que produce efectos en la propia competitividad empresarial, así como, en la dimensión pública, para la misma concurrencia de las empresas. Se trata, a la postre, de lograr un adecuado equilibrio entre esa necesidad de legítima protección del trabajador y las razonables exigencias de la competitividad empresarial. Y esa tarea no parece que deba ser asumida por los Tribunales ante las insuficiencias y ambigüedades normativas, sino la ley, con la correspondiente reforma del art. 44 de la LET.

En el caso, precisamente, de la reversión de las funciones públicas es necesario coherente las garantías laborales y las previsiones administrativas con las

exigencias constitucionales de acceso al empleo público, sin que ello, eso sí, lleve aparejado la inaplicación o elusión de las propias exigencias de la normativa sucesoria contenida en la Directiva comunitaria, pero aprovechando y haciendo realidad los espacios de libertad o disponibilidad que esa Directiva concede al derecho nacional. Se trata, en definitiva, de identificar, ordenar y regular particularmente las propias garantías afectantes a los trabajadores implicados en estos procesos de reversión, perfilando con precisión y seguridad la situación en que habrían de quedar. No parece así una solución satisfactoria la imposición de trabas o dificultades como las que, en relación con la contratación pública administrativa y laboral, así como en otras manifestaciones relacionadas con estos aspectos, han impuesto algunas normas públicas o presupuestarias desde 2017, por ejemplo, entre otros, el art. 308,2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre al señalar que “a la extinción de los contratos de trabajo de servicios no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contratación como personal de la entidad contratante”. Previsión normativa que parece contradictoria con lo dispuesto en el ya tratado art. 130 de ese texto legal y que probablemente quedaría desautorizada por el orden jurisprudencial multinivel de la seguridad en el empleo, por imperativo comunitario, sin que la categoría de personal indefinido no fijo, irreflexiva y miméticamente incorporada al EBEP, introduzca una solución satisfactoria, quedando incluso cuestionada por la STJUE de 23 de junio de 2019. Con mas

razón, como se dirá, con la recientísima STJUE de 22 de febrero de 2024.

En efecto, con carácter expreso, la Sentencia de 2019 advierte que “una norma nacional, que en caso de transmisión de empresa por reversión o remunicipalización, obliga a los trabajadores subrogados a procesos de selección pública, a fin de quedar empleados por un nuevo vínculo con el cesionario, quiebra el efecto útil de la Directiva, que nos otorga garantizar “en la medida de lo posible, la continuidad de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión”, a la que se puede atribuir, creo que excesivamente, el efecto potencial de zanjar el conflicto excluyendo la figura de indefinido no fijo. En todo caso, el TJUE suministra elementos para intentar clarificar efectivamente la situación en que se encuentra el personal subrogado en esos casos de reversión, de forma que se le debe garantizar continuar con sus condiciones de trabajo en una relación de empleo público, temporal o indefinida, que serían las del art. 8,2 c) del EBEP. Conviene insistir en que producida la subrogación los trabajadores no pueden verse en una situación menos favorable “por el mero hecho de ser cedidos a una Administración” (STJUE de 23 de junio de 2019, fuertemente criticada, por cierto, desde la perspectiva administrativista)

Se trata así de un conflicto entre normas administrativas, no partidarias de la estabilidad en el empleo de los

trabajadores subrogados a través de la fijeza, admitiendo sólo esa figura del indefinido no fijo, y las laborales, que descansan en la plena estabilidad en el empleo, sin que tampoco resuelva satisfactoriamente la cuestión otra distinción, forzada a mi juicio, de personal “laboral subrogado” a extinguir.

Pues bien, de especial trascendencia para reforzar la exigencia de estabilidad en el empleo de los trabajadores es la STJUE de 11 de febrero de 2021 que, aunque referida a una utilización abusiva de sucesivos contratos temporales y la sanción derivada consistente en la conversión en indefinidos, presenta un criterio interpretativo trasladable a la cuestión ahora planteada.

En efecto, la citada Sentencia entiende que, frente a una prohibición constitucional absoluta de convertir contratos de trabajo de duración determinada por contratos indefinidos (así se contiene en la Constitución griega), hay “obligación del órgano jurisdiccional de efectuar, en la medida de lo posible, una interpretación y aplicación de todas las disposiciones pertinentes de Derecho interno que permita sancionar debidamente ese abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión que autoriza la conversión en contratos indefinidos” aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíben de modo absoluto dicha conversión en el sector público”.

Esta consideración es, mi juicio, trasladable también a la transmisión de empresa y sus efectos derivados para

proteger la estabilidad en el empleo, de modo que, en la reversión de actividades externalizadas, ha de existir una garantía efectiva de tutela a través de la figura legal necesaria de empleo público que la satisfaga, sin que las exigencias constitucionales de acceso al empleo público se muestren, en todo caso, con carácter impeditivo absoluto que haga imposible tal reconocimiento.

En definitiva, parece que el legislador debe arbitrar una opción legal que asegure el mandato de la Directiva 2001/2023, articulando una fórmula legal que garantice el imperativo comunitario. Y, desde luego, los Tribunales nacionales deben realizar una aplicación e interpretación del derecho interno que lo garantice.

### **3.- La constatación (y los problemas aplicativos) de la STJUE de 22 de febrero de 2024.**

En ese contexto, cabe preguntarse, como ya lo hice personalmente hace tres años, si la figura del indefinido no fijo contemplada en el EBEP cumple y satisface este mandato. Probablemente, por lo dicho, no. O, al menos, es muy discutible. Y esta conclusión parece que se refuerza con la STJUE de 22 de febrero de 2024, que, es tributaria de la de 2021.

En efecto, sin entrar ahora en un análisis de la compleja y controvertida Sentencia, que rebasa el objetivo de esta colaboración, puede afirmarse que la no previsión en la legislación interna de una medida legal para evitar la utilización

abusiva de contratos indefinidos no fijos trasladada a la cuestión ahora tratada contraviene la Directiva 1999/70.

Y es que la jurisprudencia sobre la extinción de la relación laboral del trabajador indefinido no constituye un ejemplo de seguridad jurídica, acompañada de cambios de criterio, muchas veces anunciados en votos discrepantes. En los últimos tiempos, se empezaba a poner coto a esta expansiva figura por el TS, precisamente en la reversión de servicio público con sucesión legal de empresa e inaplicación en este supuesto de la condición de trabajador indefinido no fijo, con la Sentencia de 28 de enero de 2022. Pero la reciente Sentencia del TJUE vuelve a plantear toda la problemática, pues la cuestión se sitúa en como interpretarla por los Tribunales españoles. Por mucho que la frontera entre la interpretación conforme y la interpretación contra legem sea cada día mas difusa, a la que también contribuye el TS, no parece que la conversión automática de los contratos temporales en contratos fijos en el sector público tenga encaje interpretativo fácil en el Derecho español. Este es el punto mas débil y criticable de la referida Sentencia del TJUE.

El dilema, pues, se encuentra en si los tribunales españoles deben convertir automáticamente los contratos temporales de los indefinidos no fijos en contratos fijos de plantilla. Es, por ello, razonable, que el TS haya acordado iniciar las actuaciones para formular cuestión prejudicial al TJUE sobre el modo de hacer fijos a los empleados públicos tras

el citado fallo, sobre el que tiene dudas sobre su contenido y alcance. En especial el TS quiere despejar la cuestión relativa a cómo compatibilizar la doctrina acuñada por el TJUE con las normas relativas al acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Mientras algunos pronunciamientos judiciales recientes, entienden que no les corresponde reconocer la fijeza al no gozar de amparo legal para ello. En particular la STJ de Madrid de 10 d4 abril de 2024, advierte que “un análisis reposado de la STJUE de 22 de febrero de 2024 permite observar que no se impone en ningún caso la fijeza, no existiendo para ello amparo legal”, pues al juzgador corresponde aplicar el derecho, pero no crearlo.

En definitiva, no es ajeno además a la eficacia de esta garantía de empleo y a la integración del personal la naturaleza jurídica de la entidad cedente y la procedencia de los trabajadores, esto es, que sea de una entidad privada, de una perteneciente al sector público que no goza de la consideración de Administración pública o que pertenezca a la administración institucional, circunstancias que debería tenerse en cuenta para la satisfacción de esa exigencia jurisprudencial, así como para una reforma legal del art. 44 de la LET y , en su caso, del EBEP. Y es que, como ya he señalado en otro momento, las intervenciones legales sobre el empleo público con ocasión de la crisis económica estructural ha motivado el afloramiento de un Derecho del Trabajo frente a un Derecho Administrativo, el cual está centrado mas en producir cambios de emergencia no meramente transitorios y provisionales que en respetar los derechos laborales e instituciones colectivas.

Por eso soy partidario de la conveniencia de optar por una reforma que racionalice las figuras de personal de empleo publico, mas que crear terceros o cuartos géneros para que el personal subrogado no quede sometido a la incertidumbre actual. Pero mientras tanto me parece que una modificación legal del art. 44 de la LET parece necesaria para otorgar la mayor seguridad jurídica por vía legal en la protección del patrimonio jurídico, ahora del empleo, de estos trabajadores subrogados.

# LA SALA CUARTA PREGUNTA, DE NUEVO, A LUXEMBURGO SOBRE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS

Susana María Molina Gutiérrez.  
Magistrada Especialista.  
Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia de Madrid

## I. Introducción

Puede parecer que vivimos en un permanente día de la marmota, o que hay nudos que es imposible de deshacer por mucho que nos empeñemos; pero la figura del indefinido no fijo no para de viajar a Luxemburgo en las cuestiones prejudiciales que los distintos órganos judiciales españoles elevan. Parece que preguntar al Tribunal europeo se ha convertido en actividad jurisdiccional cotidiana, y que el racimo de resoluciones que ya ha dictado la Sala o no son lo suficientemente claras, o al no satisfacer al operador jurídico éste se resiste a aplicarlas a nuestro ordenamiento.

En esta ocasión ha sido la Sala Cuarta la que en su auto de 30 de mayo de 2024 eleva nueva cuestión prejudicial al TJUE para recabar de nuevo su posición sobre el ajuste al Derecho de la Unión de la actual configuración doctrinal de la figura del trabajador indefinido no fijo.

Analizaremos a continuación el contenido del auto y las preguntas que el Alto Tribunal dirige a Luxemburgo.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** Auto.

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

**Número de resolución judicial y fecha:** Auto de 30 de mayo de 2024, Recurso 5544/2023

**Tipo y número recurso o procedimiento:** Cuestión prejudicial.

**ECLI:** ES:TS 2024:6188A

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Excmo. Sr. Don Sebastián Moralo Gallego.

**Votos Particulares:** Carece.

## III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

- 1) En el auto anotado, la Sala Cuarta en Pleno eleva cuestión prejudicial al TJUE de conformidad con los artículos 19, apartado 3, letra b), del Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TUE»); 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE»);

4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante “LOPJ”); 43 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC), a efectos de determinar si el cumplimiento de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo “Acuerdo Marco”), 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, exige calificar como fija la relación laboral mantenida por la trabajadora demandante con un organismo de la administración pública, sustentada en varios contratos de duración determinada que se han prolongado en el tiempo durante más de tres años, o cumple adecuadamente con las exigencias del Acuerdo Marco la declaración de esa relación laboral como indefinida no fija y el aparejado reconocimiento de una indemnización disuasoria.

### I. Hechos.

**1)** El supuesto de hecho que toma la Sala como caso modelo desde el que cuestionarse el encaje de su doctrina dentro del acervo comunitario se refiere a una trabajadora contratada como personal laboral por la Comunidad de Madrid desde enero de 2016 a través de una cadena de seis contratos de duración determinada en su modalidad de interinidad

por vacante. La trabajadora pretendió de la jurisdicción que le fuera reconocida la condición de trabajadora fija de la CAM por haberse prolongado el vínculo más de tres años.

**2)** El Juzgado de lo Social<sup>1</sup> estima en parte su demanda declarándola trabajadora indefinida no fija, declaración que fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid<sup>2</sup>, aplicando la doctrina ya consolidada de la Sala Cuarta.

## IV. Posición de las partes

Interpone la trabajadora recurso de casación ante la Sala Cuarta, decidiendo ésta elevar cuestión prejudicial al TJUE. La parte recurrente se opone al planteamiento de la misma, por cuanto considera que la doctrina del Tribunal europeo sentada en la reciente sentencia de 22 de febrero de 2024 asuntos C-59/22, C-110/22 y C159/22 es clara, desprendiéndose de la misma la calificación como fija de las relaciones laborales celebradas con abuso de la contratación temporal por parte de las administraciones públicas.

La CAM informa a favor del planteamiento de la cuestión, pues a su juicio la calificación de trabajadores como el que nos ocupan como trabajadores indefinidos no fijos, acordando una indemnización de 20 días de salario por año de servicio en los casos de extinción

<sup>1</sup> Sentencia de 13 de marzo de 2023 del Juzgado de lo Social número 13 de Madrid.

<sup>2</sup> Sentencia de 27 de noviembre de 2023, RSU228/2023.

por cobertura de la vacante, resulta ajustada al Acuerdo Marco.

El Ministerio Fiscal informa a favor del planteamiento de la cuestión.

## **V. Normativa aplicable al caso**

Las normas de derecho originario y derivado de la UE se mezclan con normas de naturaleza procesal en la resolución que comentamos, citando la Sala los artículos:

- Artículos 20 y 45 del TFUE; 20, 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE;

. El considerando 17 de la Directiva 1999/70 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.

- Las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco.

- El artículo 1.1 del Reglamento UE 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

- Los artículos 14, 23 y 103 de la CE.

- El artículo 15 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

- Los artículos 8, 11, 55 y 70 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

- Las leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018.

## **VI. Sentencias del TJUE de 22 de febrero y de 13 de junio de 2024 .**

El agente que detona el planteamiento por la Sala Cuarta de la cuestión prejudicial que nos ocupa es el dictado por el Tribunal de Luxemburgo de las sentencias recaídas el 22 de febrero de 2024 en los asuntos acumulados C-59/2022, C11-2022 y C159-2022.

En ellas se abordan las cuestiones prejudiciales planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante autos de 22 de diciembre de 2021, 21 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022, en las que se pregunta al Tribunal un total de catorce cuestiones.

Sin ánimo de entrar a detallar de manera pormenorizada el contenido de tal resolución (pues no es el contenido del presente comentario), sí que hemos de recoger la repuesta que la Sala proporcionada a dichas cuestiones, en concreto concluye que: “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 hayarecurrido 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”.

Si bien es de fecha posterior al dictado del auto que comentamos, hemos de referirnos por su trascendencia a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2024 en asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22 que dio respuesta en esta ocasión a la cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 17 de Barcelona, mediante autos de 12 de mayo de 2022 y de 6 de mayo de 2022; concluyendo el Tribunal en relación a la doctrina de la Sala 3ª en los casos de abuso (SSTS\C-A [2] 26 de septiembre 2018, rec.1305/2017; rec.785/2017), que la convocatoria de procesos selectivos «no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración

determinada ni, por tanto, para eliminar las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión».

En relación la compensación prevista en el art.2 Ley 20/2021, el TJUE es claro a la hora de declarar su inadecuación; terminando concluyendo, respecto de la relación a la fijeza (a la que también se refiere la primera de las cuestiones prejudiciales formulada por la Sala IV), que, dada la configuración (imprecisa) de la cláusula 5ª, sin ser una exigencia de la misma, sí puede ser una de las medidas al alcance (y que daría suficiente cumplimiento al mandato que contiene). Y, para el caso de que el ordenamiento jurídico niegue esta posibilidad, también reitera que debe preverse «otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Y, sin pronunciarse sobre su adecuación, el TJUE se limita recoger la propuesta alternativa que formula el órgano remitente (ap. 112): «constituiría una medida sancionadora conforme con la cláusula 5 del Acuerdo Marco convertir los sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada objeto de los litigios principales en una relación de empleo por tiempo indefinido 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. Según dicho juzgado, esta medida sancionadora no implicaría una interpretación contra legem del Derecho nacional»<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Sobre el alcance de esta Sentencia ver <https://>

### VII. COMENTARIO.

La Sala Cuarta, tras la Sentencia dictada por el TJUE el 22 de febrero de 2024 más arriba referenciada se cuestiona nuevamente acerca del alcance de la figura del trabajador indefinido no fijo. Así, en el comunicado del CGPJ de 7 de marzo de 2024 el Alto Tribunal informa que “El Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en sesión no jurisdiccional, ha analizado el modo de aplicar la STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22) sobre personal indefinido no fijo, a los múltiples recursos pendientes de resolución.

Con el deseo de llevar a cabo su correcta interpretación, y ante la existencia de importantes dudas acerca de su alcance en determinados aspectos, la Sala ha acordado iniciar las actuaciones a fin de formular una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En especial, para resolver las dudas acerca del modo en que compatibilizar la doctrina acuñada por la citada sentencia con las normas relativas al acceso al empleo público (incluyendo a los nacionales de los Estados miembros) así como con las reglas del ordenamiento jurídico nacional que garantizan el derecho de acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

Esta decisión parece dejar en evidencia que, pese a lo concluido por el Tribunal

[ignasibeltran.com/2024/06/13/stjue-13-de-junio-2024-c-331-22-y-c-332-22-generalidad-de-cataluna-la-fijeza-no-puede-exigirse-si-es-contra-legem/](https://ignasibeltran.com/2024/06/13/stjue-13-de-junio-2024-c-331-22-y-c-332-22-generalidad-de-cataluna-la-fijeza-no-puede-exigirse-si-es-contra-legem/).

de Luxemburgo, sigue albergando la Sala dudas acerca del encaje que su doctrina jurisprudencial (sobre el reconocimiento de tal condición, así como de los efectos previstos para los casos de extinción de tales vínculos patológicos) pueda tener en la cláusula 5 del Acuerdo Marco y en el resto del acervo comunitario que se señala.

Parte el Tribunal en su resolución del análisis del proceso de creación doctrinal de la figura que nos ocupa, compendiando de manera sintetizada su doctrina al respecto para terminar afirmando que a su juicio de la cláusula quinta del acuerdo Marco “no se desprende la consecuencia jurídica de que la contratación temporal irregular del personal laboral por parte de las administraciones y organismos públicos conlleve el reconocimiento de la relación laboral como fija, cuando la normativa nacional contempla medidas adecuadas para sancionar el abuso en la utilización sucesiva de contratos de duración determinada. 69. Se trata en consecuencia de analizar si el Derecho español, en la forma en que viene siendo interpretado por la jurisprudencia, ofrece soluciones que permitan conciliar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la cláusula 5 del Acuerdo Marco con las normas de derecho interno que impiden el reconocimiento de la condición de personal laboral fijo en el sector público a trabajadores que no hayan superado procesos selectivos convocados a tal afecto. 70. Y aquí es donde surgen las dudas”.

Es más, afirma con rotundidad la Sala que no comparte el criterio de la Sala de

lo Social del TSJ de Madrid relativa a que nuestro ordenamiento no prevé para este colectivo de ninguna medida destinada a compeler su uso abusivo, pues a su juicio la propia consideración del vínculo como indefinido no fijo constituye una garantía para las personas trabajadoras a la par que una sanción para la Administración para los casos de su ilícita utilización; y termina asegurando que resultaría admisible “la perfecta conciliación del derecho de la Unión Europea con la normativa nacional, que impide reconocer la condición de personal laboral fijo de los organismos del sector público al trabajador que accede al empleo sin que se haya celebrado el pertinente proceso de selección convocado conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad”. Añade que en cualquier caso la atribución de la condición de fijeza a este colectivo supondría no sólo eximir a la Administración de su deber de promover los oportunos procesos selectivos para la reglamentaria cobertura de los puestos irregularmente cubiertos; sino que conduciría al pernicioso resultado de vedar al resto de ciudadanos la posibilidad de participar en dichos procesos, optando en condiciones de igualdad a dichas plazas.

A diferencia de lo que ocurría con el punto anterior, lo que sí parece que le plantea dudas al Tribunal es si la posible imposición de la condena al pago de la máxima de las indemnizaciones legales previstas en nuestro ordenamiento en los casos de resolución del contrato, sería medida adecuada en los términos del Acuerdo Marco para disuadir y sancionar el uso abusivo y fraudulento

por la Administración de la contratación temporal.

Todo lo razonado conduce al Pleno a elevar a Luxemburgo una pregunta principal y otra subsidiaria. La primera, consiste en “si se opone a la cláusula 5 del Acuerdo Marco 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”; y la articulada de modo subsidiario a ésta, para caso de ser respondida de manera afirmativa, la relativa a que “si 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”.

## **VIII. CONSIDERACIONES FINALES**

La lectura del auto anotado conduce, a nuestro juicio, a concluir que pese a lo allí afirmado pocas, o casi ninguna, duda alberga la Sala Cuarta sobre el encaje en el derecho de la Unión de su doctrina sobre la atribución de la condición de indefinidos no fijos a quienes han sido irregularmente contratados de manera temporal por la Administración Pública. Parece que la Sala en su construcción deja entrever ya su posición acerca de la atribución de la condición de fijeza a

dicho colectivo (rechazándola), si bien hemos de reseñar que dicho auto fue dictado antes de ver la luz la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2024 a la que más arriba nos hemos referido. Nos cabe la duda de si de haber conocido tal resolución la Sala hubiera elevado, o no, la cuestión al Tribunal de Justicia, o si lo hubiera hecho en los mismos términos.

No podemos terminar sin efectuar una breve reflexión sobre el alcance del artículo 43 bis de la LEC (introducido por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre que introdujo el artículo 43 bis y derogado “por la puerta de atrás” por el Real Decreto-ley 4/2024, de 26 de junio, por el que se prorrogan determinadas medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo y se adoptan medidas urgentes en materia fiscal, energética y social), cuyo apartado segundo disponía que “Cuando se encuentre pendiente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial directamente vinculada con el objeto del litigio de que conoce un tribunal, ya planteada por otro órgano jurisdiccional de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, si el tribunal estima necesaria la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para resolver el litigio, podrá suspender motivadamente el procedimiento. La suspensión se acordará, mediante auto, previa audiencia por plazo común de diez días de las partes y, en los casos que legalmente proceda, del Ministerio Fiscal”.

Antes de la “desaparición” de la norma surgía la incógnita de si el planteamiento de la cuestión prejudicial que nos ocupa provocaría una cascada de suspensiones

de los procedimientos judiciales que se encuentran pendientes en la casi totalidad de órganos que integran nuestra jurisdicción a la espera de obtener una decisión firme de la Sala Cuarta al cobijo de lo que en su día resuelva Luxemburgo en aras de proporcionar al ciudadano una mayor seguridad jurídica en la decisión; o si bien los distintos jueces desecharían hacer uso de la facultad que la norma les proporciona, encontrándonos con infinidad de resoluciones contradictorias. No hemos de olvidar que el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009 disciplina este instrumento de consulta, habiendo sido desarrollado en otros textos normativos comunitarios, y de modo especial por el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –ETJUE–, de 13 de diciembre de 2007 y vigente desde el 1 de diciembre de 2009, anexo al Tratado de Lisboa como Protocolo núm. 3, en particular en sus artículos 23 y 23 bis; y el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia –RPTJ–, de 25 de septiembre de 2012 y en vigor desde el 1 de noviembre de 2012, cuya última modificación es de 26 de junio de 2013, fundamentalmente en sus artículos 93 a 118. En concreto el artículo 23 del ETJUE indica que “la decisión de suscitar una cuestión prejudicial tiene por efecto la suspensión del curso del litigio interno”. En definitiva, sólo el transcurso del tiempo nos ofrecerá una respuesta a todas las dudas que nos surgen, no descartando que tengamos a corto plazo nuevos “capítulos” de lo que parece una “historia interminable”.

