

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

21159 *Sección Cuarta. Auto 427/2023, de 11 de septiembre de 2023. Recurso de amparo 1055-2022. Inadmite a trámite el recurso de amparo 1055-2022, promovido por doña Sonsoles Coronado Escudero en proceso contencioso-administrativo. Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2023:427A

La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, presidenta, y los magistrados don Ramón Sáez Valcárcel y don Enrique Arnaldo Alcubilla, en el recurso de amparo núm. 1055-2022, promovido por doña Sonsoles Coronado Escudero en proceso contencioso-administrativo, ha dictado el siguiente

AUTO

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este tribunal el 17 de febrero de 2022, doña Sonsoles Coronado Escudero, representada por el procurador de los tribunales don José María Ruiz de la Cuesta Vacas, bajo la dirección del letrado don Francisco Javier Araúz de Robles Dávila, interpuso recurso de amparo contra dos resoluciones dictadas por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a saber, (i) la sentencia núm. 1547/2021, de 21 de diciembre, por la que se acuerda la estimación parcial del recurso de casación núm. 3565-2019, y (ii) la providencia de 27 de enero de 2022, por la que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la ahora recurrente en amparo frente a la sentencia anterior.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

(i) La recurrente en amparo, doña Sonsoles Coronado Escudero, es empleada estatutaria temporal del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), en el que viene prestando servicios con nombramiento de carácter interino y funciones informáticas desde hace más de veintitrés años. Desde el 28 de noviembre de 2011 viene prestando sus servicios en una plaza vacante en la categoría de técnico de gestión de sistemas y tecnologías de la información en el mismo hospital en el que desde un principio desempeñó sus funciones como temporal en la categoría de grupo de gestión de la función administrativa.

(ii) Por sentencia núm. 38/2018, de 15 de febrero, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la ahora recurrente en amparo. En él, la recurrente había denunciado que su régimen laboral era incompatible con el Derecho de la Unión (en concreto, con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES [Confederación europea de sindicatos], la UNICE [Unión de confederaciones de la industria y de empleadores de Europa] y el CEEP [Centro europeo de la empresa pública] sobre el trabajo de duración determinada) y había solicitado que su situación fuese corregida con la estabilidad en el empleo, como única sanción al abuso en la relación temporal sucesiva, mediante la transformación de la relación estatutaria temporal en una relación estatutaria fija o asimilada a esta, bajo los principios de permanencia e inamovilidad, en régimen de igualdad respecto de los informáticos titulares fijos.

(iii) Mediante sentencia núm. 190/2019, de 18 de marzo, la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por la ahora demandante de amparo. La sala de apelación consideró que no cabía entender que se hubiera incurrido en abuso, sino que apreció que los nombramientos sucesivos se habían producido con ocasión de vacantes y por razón de la urgente necesidad de cubrirlos.

(iv) El recurso de casación interpuesto por la recurrente fue admitido a trámite por el Tribunal Supremo con la finalidad de determinar, por una parte, si a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15; de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, y de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, así como de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1426/2018, de 26 de septiembre (recurso núm. 1305-2017), se había producido o no la utilización abusiva de nombramientos de personal estatutario temporal de carácter interino; y, de otro lado, si constatada dicha utilización debía ordenarse en vía judicial la conversión de su relación de servicios en una de carácter indefinido.

El recurso de casación fue estimado parcialmente mediante sentencia núm. 1547/2021, de 21 de diciembre, en la que el Tribunal Supremo, basándose fundamentalmente en su previa sentencia núm. 1534/2021, de 20 de diciembre, así como en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, declaró, en lo que interesa a este recurso de amparo, lo siguiente:

«[...] “1.º) que una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo que se prolonga ininterrumpidamente durante más de veintidós años da origen a una utilización abusiva y no justificada de nombramientos de personal estatutario temporal de carácter interino ex artículo 9.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, contraria a la cláusula 5 del acuerdo marco incorporado a la Directiva 1999/70.

2.º) que, constatada esa utilización abusiva, no es posible en nuestro ordenamiento jurídico, ni por aplicación de la cláusula 5 del acuerdo marco incorporado a la Directiva 1999/70, la conversión de la relación de servicios temporal en una de carácter fijo o asimilado, sino que la consecuencia jurídica será la expuesta en nuestras anteriores sentencias de 26 de diciembre de 2018 (recursos de casación 785 y 1305/2015), a saber: el derecho a la subsistencia de la relación de empleo –con los correspondientes derechos profesionales y económicos– hasta que la administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 del estatuto básico del empleado público y el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la administración con arreglo a las normas generales de esta”.

[...]

2. Por razón de lo expuesto, se estima en parte el presente recurso, con revocación parcial de las sentencias de instancia y apelación, sin que sea necesario conforme a todo lo expuesto el planteamiento de las cuestiones prejudiciales postuladas por la recurrente en su escrito de interposición del recurso y en los posteriores escritos».

(v) El incidente de nulidad de actuaciones interpuesto frente a esta sentencia fue inadmitido a trámite por providencia de 27 de enero de 2022. En ella se indica que no cabe tachar de incorrecta o de irrazonable la interpretación hecha por la Sala porque, como expresamente se reconoce en el propio escrito de promoción del incidente de nulidad, el artículo 5 del acuerdo marco no tiene eficacia directa ni tampoco impone a los Estados miembros un deber de transformar en fijos a los empleados públicos de carácter temporal como reacción frente a los supuestos de abuso en la contratación temporal. El Tribunal Supremo considera también improcedente la denuncia de la violación del principio de igualdad ante la ley porque «no se indica en qué supuesto similar al aquí considerado ha mantenido esta Sala un criterio divergente». En relación con el principio

de legalidad en materia sancionadora, la providencia de inadmisión indica que el asunto «nada tiene que ver con la imposición de penas o de sanciones administrativa». Y respecto al no planteamiento de cuestión prejudicial explica que «el alcance del art. 5 del acuerdo marco en lo atinente al empleo público de carácter temporal ha sido ya aclarado por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluyendo varios casos recientes relativos a España. A ello debe añadirse que esta Sala no ha dejado de aplicar ninguna norma legal española en vigor, ajustándose así escrupulosamente al bien conocido criterio del Tribunal Constitucional».

3. La demanda de amparo denuncia la vulneración, por parte de la sentencia y de la providencia dictadas por el Tribunal Supremo, de los siguientes derechos fundamentales:

(i) Derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que habrían sido lesionados, en primer lugar, por la interpretación irrazonable y arbitraria de la normativa aplicable realizada por el Tribunal Supremo.

El recurso señala que las resoluciones impugnadas vienen a desconocer y preterir la interpretación auténtica que del Derecho europeo ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Según la demanda, la jurisprudencia europea ha establecido que es necesario convertir la relación temporal abusiva en una relación fija definitiva – inaplicando la normativa interna que lo prohíbe– cuando, como sucede en el ordenamiento jurídico español, no existe en el Derecho interno una medida sancionadora adecuada para lograr el cumplimiento de la Directiva 1999/70 en el ámbito del empleo público. Indica la demanda que la solución adoptada por el Tribunal Supremo para este tipo de supuestos –la subsistencia de la relación laboral hasta que se provean las plazas por los procedimientos reglamentarios y, en su caso, la responsabilidad patrimonial de la administración– no es una sanción suficiente y, por ello, es incompatible con la Directiva, como ya habría confirmado la STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y otras c. el Servicio Madrileño de Salud*. Y sostiene que el hecho de que la cláusula 5.1 del acuerdo marco no tenga efecto directo no excluye la «no aplicación» de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria.

(ii) Derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que habrían sido lesionados, además, por la inmotivada e irrazonable falta de planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Según la recurrente, los rasgos de la controversia suscitada ante el Tribunal Supremo le obligaban a plantear cuestión prejudicial, y ello, entre otras razones, porque (i) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha señalado que, si no existe una medida sancionadora frente al incumplimiento de la Directiva 1999/70, la relación temporal abusiva debe ser convertida en fija, y que la convocatoria de procesos selectivos abiertos no es una sanción suficiente a tales efectos; (ii) distintos órganos jurisdiccionales españoles del orden contencioso-administrativo y del orden social han considerado en casos anteriores que la única medida sancionadora que puede aplicarse en tales supuestos es la transformación de la relación laboral en fija; y (iii) sobre este mismo extremo pende en la actualidad una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid mediante auto de 21 de diciembre de 2021.

(iii) Principios de legalidad y de reserva de ley formal en materia sancionadora (art. 25.1 CE), que se habrían visto vulnerados porque en las resoluciones recurridas el Tribunal Supremo habría venido a establecer sanciones no fijadas como tales en la legislación española (a saber, «el derecho a la subsistencia de la relación de empleo – con los correspondientes derechos profesionales y económicos– hasta que la administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 del texto refundido de la

Ley del estatuto básico del empleado público y el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la administración con arreglo a las normas generales de esta»).

Sostiene la demanda en este punto que la cláusula 5 del acuerdo marco obliga a los Estados miembros a transponer dicha cláusula en sus legislaciones nacionales, estableciendo medidas oportunas –entre ellas, medidas sancionadoras– para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la Directiva. Y señala que a tales sanciones es aplicable el art. 25 CE, de modo que, si la infracción y la sanción no se han tipificado en una norma con rango de ley, no pueden ser establecidas por los órganos judiciales.

(iv) Derecho a la igualdad de trato (art. 14 CE) en relación con los arts. 1, 9.2 y 24 CE, a la luz de la cláusula 4 del acuerdo marco. Según la recurrente en amparo, esta lesión se habría producido al no estar justificada una diferencia de trato entre los empleados públicos fijos o de carrera y los empleados públicos temporales o interinos, cuando la vinculación de servicio con la administración se extiende durante años.

Argumenta la recurrente que el art. 14 CE impondría el reconocimiento de su derecho a la estabilidad y a ser mantenida en el puesto de trabajo que ha desempeñado durante años, queja que habría sido desestimada por el Tribunal Supremo sin motivación válida, pues resulta irrazonable el argumento de la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de que no se habían resuelto cuestiones similares con un criterio divergente, porque lo que se estaba denunciando era la desigualdad de trato entre interinos y fijos. Según la demanda, ha de seguirse el criterio sentado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17, según la cual la cláusula 5 del acuerdo marco se opone a una normativa nacional en virtud de la cual no son aplicables en un determinado sector de actividad (en el caso enjuiciado, el de las fundaciones líricas y sinfónicas) las normas de régimen general sobre relaciones laborales que sancionan la utilización abusiva de la contratación temporal mediante la conversión automática de los contratos en indefinidos una vez pasada una determinada fecha. La recurrente aduce que es contrario al art. 14 CE y a la cláusula 4 del acuerdo marco negar a los empleados públicos temporales que desempeñan durante largo tiempo las mismas funciones que los empleados fijos o de carrera la misma estabilidad que se reconoce a estos –medida que, sin embargo, sí se reconoce para el sector privado en el art. 15 del estatuto de los trabajadores–, porque, entre otros motivos, (i) sus años de servicio, experiencia y antigüedad acreditan su capacidad e idoneidad para el desempeño de las tareas públicas, y (ii) el personal temporal también ha superado procesos selectivos en régimen de libre concurrencia para acceder al empleo público, por exigencia de los arts. 10 del estatuto básico del empleado público y 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

(v) La demanda de amparo finaliza con la solicitud de que, antes de la resolución del recurso, el Tribunal Constitucional plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la interpretación y el alcance de las cláusulas 4 y 5 del acuerdo marco integrado en la Directiva 1999/70/CE. Concretamente, se insta la formulación de cuatro preguntas relativas a (i) si reviste o no carácter suficiente como sanción, a los efectos de la cláusula 5, la medida consistente en mantener al empleado público víctima de un abuso en su puesto hasta que la administración empleadora convoque los correspondientes procesos selectivos para cubrir la plaza con personal fijo o de carrera; (ii) si, en ausencia de toda medida sancionadora específica en el Derecho interno para garantizar el cumplimiento del acuerdo marco en el ámbito del empleo público, la cláusula 5 obliga a las autoridades nacionales a transformar la relación temporal de carácter abusivo en una relación fija, aunque esa transformación esté prohibida por la normativa interna; (iii) si tal obligación de transformar el vínculo en fijo ha de entenderse existente en el ámbito público en tanto que una consecuencia análoga se prevé para el ámbito privado en el art. 15 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores; y (iv) en caso de respuesta negativa, si las cláusulas 4 y 5 obligan a las autoridades administrativas nacionales a aplicar a los trabajadores públicos temporales víctimas de un abuso las mismas causas de cese y de despido que rigen para los

empleados fijos o de carrera comparables, por ser tales causas «condiciones de trabajo» incluidas en la cláusula 4 del acuerdo marco.

4. Mediante escrito registrado en este tribunal el 13 de mayo de 2022, la representación procesal de la recurrente en amparo pone en conocimiento de este tribunal «la existencia de prejudicialidad comunitaria» y solicita la «suspensión de la tramitación del presente recurso hasta que se resuelvan por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales ya planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 17 de Barcelona, en su auto de fecha 6 de mayo de 2022 (PA 257-2020)».

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso.

El recurso de amparo núm. 1055-2022, sobre cuya admisibilidad hemos ahora de pronunciarnos, se dirige contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1547/2021, de 21 de diciembre de 2021, que acordó la estimación parcial del recurso de casación núm. 3565-2019, y contra la providencia de 27 de enero de 2022, que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la sentencia anterior. El suplico de la demanda de amparo insta de este tribunal el reconocimiento de los derechos cuya lesión se denuncia, la anulación de las resoluciones impugnadas y la retroacción de las actuaciones al momento procesal anterior al de dictarse la sentencia objeto de recurso «a fin de que se proceda por el Tribunal Supremo a dictar otra por la que se acuerde la estimación del recurso de casación».

Ha de precisarse, sin embargo, que las vulneraciones denunciadas y su fundamentación jurídica ponen de manifiesto que lo que se controvierte ante este tribunal (y lo que se discutió en nulidad de actuaciones) no es la totalidad, sino solamente parte de la interpretación y el fallo recogidos en la sentencia impugnada. Como con mayor detalle se ha expuesto en los antecedentes, dicha sentencia estimó la pretensión de la actora de que se reconociese y declarase la existencia de una situación de abuso en la contratación temporal sucesiva utilizada con ella por el SERMAS. El recurso de amparo no cuestiona dicho pronunciamiento, sino la consecuencia jurídica que el Tribunal Supremo asoció a dicha situación de abuso; consecuencia que no fue la solicitada por la recurrente (esto es, la conversión del vínculo laboral temporal en fijo) sino otra que, según denuncia, no garantiza suficientemente el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (a saber, el derecho a la subsistencia de la relación de empleo, con los correspondientes derechos profesionales y económicos, hasta la cobertura definitiva de la plaza en cuestión, así como el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la administración según el régimen general de dicha responsabilidad).

Hemos de partir, por lo tanto, de la existencia en el caso de la recurrente de una situación de abuso del empleo público de duración determinada, así como de su incompatibilidad –también apreciada por el Tribunal Supremo– con la Directiva 1999/70/CE. Por lo tanto, el objeto del recurso de amparo ha de entenderse constreñido a la cuestión de si el criterio de la no conversión del vínculo en fijo que mantienen las resoluciones judiciales impugnadas vulnera o no los derechos fundamentales de los arts. 14, 24 y 25 CE invocados en la demanda.

2. Inadmisión a trámite del recurso.

Bajo los indicados parámetros, la Sección ha examinado el recurso presentado y considera que no procede admitirlo a trámite, con arreglo a lo previsto en el art. 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), en relación con su art. 44.1 a), por manifiesta inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales alegados. La Sección ha optado por exteriorizar su decisión por medio de auto, ex art. 86.1 LOTIC, con

el fin de motivar las razones que la sostienen y que se exponen a continuación siguiendo el orden de las lesiones denunciadas en la demanda.

a) En primer lugar, hemos de descartar que las resoluciones impugnadas hayan realizado una interpretación irrazonable o arbitraria de la normativa aplicable y, en consecuencia, que hayan incurrido por tal causa en vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

La demanda sustenta esta queja en la afirmación de que existe una interpretación auténtica de la cláusula 5.1 del acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, recogido en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999. Según la recurrente en amparo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea habría establecido la existencia de una obligación para las autoridades de los Estados miembros de transformar en fija la relación temporal de empleo público en aquellos casos en que esta sea declarada abusiva y el Derecho nacional no haya previsto una medida efectiva para sancionar el incumplimiento que ello supone de la cláusula 5 del acuerdo marco. La demanda sostiene que esta interpretación habría sido desconocida y preterida por la sentencia y la providencia del Tribunal Supremo impugnadas en amparo, lo cual, según la doctrina constitucional, supondría una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso, con la consiguiente lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la recurrente en amparo (por todas, SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 5, y 31/2019, de 28 de febrero, FJ 4).

La lesión así alegada no es verosímil, pues, tal y como apreció el Tribunal Supremo en las resoluciones ahora impugnadas, la interpretación de la cláusula 5.1 del acuerdo marco realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se ajusta a lo pretendido en la demanda de amparo.

Ciertamente, el Tribunal de Justicia ha reiterado que la citada cláusula exige a los Estados miembros no solo la adopción de medidas dirigidas a prevenir abusos en la contratación temporal (por todas, STJUE de 15 de abril de 2008, asunto C-268/06, *Impact*, § 79), sino también medidas «proporcionadas», «efectivas» y «disuasorias» para sancionar efectivamente el abuso producido y para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión (entre otras, STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, *Sánchez Ruiz*, § 86 y 88). Sanciones frente al incumplimiento respecto de las cuales el Tribunal de Justicia ha indicado, por lo que ahora importa, lo siguiente: (i) pueden no ser medidas adecuadas a tal efecto el abono de una indemnización por extinción de contrato al término de los contratos de interinidad (STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, § 74) ni la organización de procesos selectivos para la provisión definitiva de las plazas de empleo público afectadas (*Sánchez Ruiz*, § 101), cuando tales medidas se adopten sin ninguna consideración relativa a la utilización de relaciones laborales de duración determinada; (ii) sí podría ser una medida sancionadora adecuada la transformación del vínculo laboral en indefinido (SSTJUE de 3 de junio de 2021, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, § 73, y de 11 de febrero de 2021, asunto C-760/18, *M.V. y otros*, § 63); y (iii) para ser conforme con el acuerdo marco, una regulación nacional que prohíba de forma absoluta dicha medida de conversión en el sector público ha de verse acompañada de otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada (ATJUE de 1 de octubre de 2010, asunto C-3/10, *Franco Affatato*, § 42).

Ahora bien, junto con ello ha señalado el Tribunal de Justicia que la cláusula 5.1 del acuerdo marco «asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del acuerdo marco» (por todas, STJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17, *De Diego Porras II*, § 86), de modo que «no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada» (por todas, STJUE *Sánchez Ruiz*, § 85 y 87). Conclusión que se encuentra estrechamente asociada con la falta de efecto directo de la citada cláusula,

pues esta «no es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional» (STJUE *Impact*, § 79), de modo que «un tribunal nacional no está obligado a dejar sin aplicación una disposición de su Derecho nacional contraria a la cláusula 5, apartado 1, del acuerdo marco» (STJUE *Sánchez Ruiz*, § 120).

No se aprecia que esta «interpretación auténtica» de la citada cláusula haya sido contradicha, desconocida ni preterida por las resoluciones judiciales impugnadas en amparo, sino más bien lo contrario. Y ello porque, si bien es cierto que la sentencia del Tribunal Supremo asocia a la situación de abuso laboral padecida por la recurrente medidas sancionadoras que, atendiendo a la jurisprudencia europea, pudieran no ser suficientemente efectivas, dicha sentencia se ajusta plenamente a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión acerca de la falta de efecto directo de la cláusula 5.1 del acuerdo marco y del margen de apreciación que esta atribuye a los Estados miembros.

En el caso que ha dado origen al presente recurso de amparo, el Tribunal Supremo ha argumentado que la falta de efecto directo de la cláusula 5.1 del acuerdo marco limita el posible pronunciamiento de los órganos judiciales nacionales a la técnica de la interpretación conforme –sin alcanzar, por lo tanto, a la inaplicación de la norma interna contraria a la europea–, interpretación que en ningún caso puede operar *contra legem*, planteamiento este que la demanda de amparo no discute. A partir de aquí, el Tribunal Supremo concluye que en el supuesto de autos debía aplicarse la normativa interna sobre empleo público, que no admite la interpretación conforme propuesta por la recurrente porque «nunca, y ahora tampoco, ha contemplado la adquisición de personal funcionario/estatutario si no es a través de la superación de un proceso selectivo», pues «[a]sí lo establecía el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, lo fija hoy el artículo 62.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público [TRLEEP], y, tratándose de personal estatutario, el artículo 20 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud».

Desde la perspectiva de control externo que corresponde a este tribunal, esta interpretación constituye una «exégesis racional de la legalidad ordinaria» que explica suficientemente la decisión del Tribunal Supremo de aplicar la norma nacional supuestamente contraria (según la parte) al Derecho de la Unión y de hacerlo, además, sin plantear cuestión prejudicial (SSTC 232/2015, FJ 5, y 37/2019, FJ 4), lo que conduce a descartar las lesiones del art. 24 CE denunciadas en la primera queja de la demanda de amparo.

b) Lo que acaba de indicarse determina necesariamente que tampoco resulte verosímil la lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que la demanda imputa a la falta de planteamiento, por parte del Tribunal Supremo, de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A lo señalado hasta ahora debemos añadir dos consideraciones adicionales que evidencian la ausencia de la lesión denunciada.

Por una parte, existe una consolidada interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión acerca del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea conforme a la cual los órganos judiciales nacionales de última instancia quedan eximidos de la obligación de plantear cuestión prejudicial en determinados supuestos. Entre ellos se encuentra, por lo que ahora interesa, el caso en que la disposición comunitaria de que se trate haya sido ya objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia (por todas, SSTJUE de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81, Srl *Cilfit y otros y Lanificio di Gavardo SpA*, § 14 y 21, y de 6 de octubre de 2021, asunto C-561/19, *Consortio Italian Management y Catania Multiservizi SpA*, § 66). Esta doctrina ha sido respetada por las resoluciones impugnadas en amparo, pues la existencia de doctrina consolidada sobre el alcance y los efectos de la cláusula 5.1 del acuerdo marco dispensaba al Tribunal Supremo de la obligación de plantear cuestión prejudicial, lo que determina que no

quepa imputarle vulneración alguna del art. 24 CE por no haber planteado dicha cuestión.

De otro lado, esta conclusión no resulta enervada por el hecho de que dos órganos jurisdiccionales inferiores (la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Barcelona) hayan planteado cuestiones prejudiciales sobre asuntos análogos. Como ha aclarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el hecho de que existan cuestiones prejudiciales sobre similar asunto planteadas por otro órgano judicial inferior no impide a un órgano jurisdiccional supremo (ni a este Tribunal Constitucional, al que también se ha solicitado formular cuestión ante el Tribunal de Justicia) apreciar que está en presencia de una de las excepciones previstas en la doctrina *Cilfit* y, por lo tanto, abstenerse de plantear cuestión prejudicial, en cuyo caso le corresponde decidir el litigio ante él suscitado bajo su propia responsabilidad y sin necesidad de esperar a que el Tribunal de Justicia dé respuesta a las cuestiones prejudiciales pendientes (STJUE de 9 de septiembre de 2015, asuntos acumulados C-72/14 y C-197/14, *X c. Inspector de Hacienda y T.A. van Dijk c. Secretario de Estado de Hacienda*, § 60 a 63).

c) Esta misma conclusión de inexistencia de vulneración hemos alcanzado respecto de la queja relativa a los principios de legalidad y de reserva de ley formal en materia sancionadora (art. 25.1 CE).

Como sostuvo el Tribunal Supremo en la providencia recurrida –y dejando de un lado la incoherencia que supone denunciar esta vulneración y, al mismo tiempo, pretender que judicialmente se adopte la «sanción» de convertir en fijo el vínculo laboral temporal–, lo determinante en este ámbito es que el presente asunto «nada tiene que ver con la imposición de penas o de sanciones administrativas», cuya concurrencia es presupuesto para la activación de las garantías previstas en el art. 25 CE (por todas, STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2). Baste en este sentido con recordar que, aunque el Tribunal de Justicia de la Unión se haya referido al establecimiento de «sanciones efectivas» frente a las infracciones de lo previsto en la cláusula 5.1 del acuerdo marco, las medidas cuya procedencia se discutió ante el Tribunal Supremo no constituyen manifestación del *ius puniendi* del Estado, sino meras consecuencias jurídicas asociadas a una situación antijurídica y negativas para su autor (que, téngase en cuenta, es la administración contratante y no la recurrente en amparo), sin la finalidad o función preeminentemente punitiva característica de las sanciones y sin que, a estos efectos, quepa atender a un concepto formal de sanción determinado por el *nomen iuris* de la medida (entre otras, SSTC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4, y 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9).

d) Por último, también se ha de rechazar la vulneración del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), en el sentido en que este ha sido configurado por nuestra consolidada doctrina.

Denuncia la demanda de amparo la desigualdad material que existe entre los empleados públicos interinos o temporales y los fijos, por cuanto solo los segundos gozan de un estatuto de estabilidad reforzada en el empleo a pesar de que puedan darse supuestos en que el personal temporal desempeña funciones equivalentes a las del personal fijo durante un periodo muy prolongado de tiempo. Lo que en este punto discute la recurrente, por lo tanto, no es el concreto contenido de su estatuto jurídico como empleada temporal, cuestión respecto de la cual se pronunció específicamente el Tribunal Supremo en la sentencia impugnada (reconociéndole el derecho a la igualdad de trato respecto de los empleados fijos por lo que respecta a las «condiciones de trabajo», entre ellas la «carrera profesional horizontal» del art. 17 TRLEEP, pero no por lo que atañe a la «carrera profesional vertical» ni a la «promoción interna» de los arts. 17.2 y 18 TRLEEP, respectivamente). Lo que se controvierte es, directamente, la no transformación en fijo de ese vínculo temporal, como decisión potencialmente vulneradora del derecho fundamental a la igualdad.

Es doctrina constitucional reiterada que la vulneración de tal derecho «la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, el

principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional» (STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4, con cita de otras muchas). En el presente caso, la decisión del Tribunal Supremo de no transformar en fija la relación laboral temporal se adoptó, según ha quedado ya expuesto, de conformidad con la legislación interna sobre empleo público, que no cabe reputar contraria al art. 14 CE por el hecho de que impida la citada conversión al exigir la superación de un proceso selectivo *ad hoc* para la adquisición de la condición de personal funcionario de carrera o estatutario fijo. No cabe entender que el personal fijo y el temporal se encuentren a estos efectos en situaciones comparables, pues tal comparabilidad debe apreciarse a la luz de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y acceso al puesto, entre otros (en sentido análogo, interpretando la prohibición de discriminación de la cláusula 4 del acuerdo marco, STJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17, *De Diego Porras II*, § 51).

Por lo expuesto, la Sección

ACUERDA

Inadmitir a trámite el recurso de amparo núm. 1055-2022 interpuesto por doña Sonsoles Coronado Escudero.

Publíquese este auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a once de septiembre de dos mil veintitrés.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón al auto dictado en el recurso de amparo núm. 1055-2022

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto particular a la decisión de la Sección Cuarta de inadmitir a trámite el recurso de amparo núm. 1055-2022.

1. El contexto de la tramitación de los recursos de amparo de trabajadores interinos y su especial trascendencia constitucional.

El auto al que se opone el presente voto particular inadmite a trámite un concreto recurso de amparo, el núm. 1055-2022. La demanda plantea si la decisión judicial desestimatoria de la pretensión de que se transforme la relación laboral temporal y abusiva de la recurrente en una relación funcional fija, dando una interpretación determinada a la cláusula quinta del acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (en adelante, Directiva o acuerdo marco), vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE) de la recurrente en amparo (empleada estatutaria temporal del SERMAS).

En el planteamiento del recurso subyacen dos cuestiones constitucionalmente relevantes. De una parte, un problema vinculado a la aplicación del sistema de fuentes y a la eficacia del Derecho de la Unión, porque está en juego la virtualidad de la cláusula quinta del acuerdo marco y su eventual conflicto con la normativa nacional aplicable, aunque quizá sería más oportuno referirse al conflicto derivado de la ausencia de normativa nacional aplicable. De otra parte, el juicio aplicable a la evolución del empleo en el sector público en España, que adolece de una tasa de temporalidad insostenible y endémica, a la que no se ha hecho frente de manera expresa hasta la aprobación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que trata de dar respuesta a las exigencias derivadas

de los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución, así como a las exigencias de la Unión Europea asociadas a la aplicación del Plan de recuperación, transformación y resiliencia.

La envergadura de las cuestiones expuestas permite entender la razón por la que estas no se han planteado ante la jurisdicción constitucional de forma aislada. Dicho en otros términos, el recurso de amparo núm. 1055-2022, que inadmite el auto al que se opone el presente voto particular, no es sino el más antiguo de una serie compuesta por más de 600 asuntos. Con algunas diferencias basadas en el estatuto de la persona recurrente en amparo (han recurrido diferentes grupos de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal) y en el pronunciamiento que ponía fin a la vía judicial ordinaria (en ocasiones se trataba sentencias resolutorias de recursos de casación y en otros supuestos la casación había resultado inadmitida a trámite), se han planteado desde el 17 de febrero de 2022 una elevada cantidad de demandas por parte de funcionarios interinos de las comunidades autónomas de Madrid, Extremadura, Castilla y León y Andalucía; de funcionarios interinos de ayuntamientos como Madrid, Alcalá de Henares, Getafe y Palencia; y de funcionarios interinos de los servicios de sanidad y de la administración de justicia de Madrid y de Castilla y León.

A este dato, meramente cuantitativo pero relevante, se une la constatación de que están pendientes de resolución ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea varias cuestiones prejudiciales respecto de la interpretación de la cláusula quinta del acuerdo marco, concretamente las cuestiones C-322/22, C-331/22, C-159/22, C-110/22 y C-59/22. De entre ellas, la cuestión C-331/22, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 17 de Barcelona el 17 de mayo de 2022, eleva dos preguntas singularmente relevantes por lo que hace a los recursos de amparo que, sobre este tema, han sido planteados ante el Tribunal Constitucional: (i) de un lado interroga al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad entre la Ley 20/2021 y la cláusula quinta del acuerdo marco, en tanto aquella prevé como medida sancionadora la convocatoria de procesos selectivos libres asociada a una indemnización en favor de las víctimas del abuso que no superen dichos procesos selectivos; (ii) de otro lado el órgano judicial plantea sus dudas sobre la interpretación de la cláusula quinta formulada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en las sentencias núm. 1425/2018, 1426/2018 y 1534/2021, en la medida en que sostienen que basta, como medida equivalente sancionadora del abuso de temporalidad, el mantenimiento del empleado público en su puesto hasta que la administración empleadora determine si existe necesidad estructural de personal y convoque los correspondientes procesos selectivos. Precisamente esta interpretación cuestionada es la que se aplica por el Tribunal Supremo en la resolución impugnada en el recurso de amparo que nos ocupa.

Las consideraciones precedentes, una eminentemente cuantitativa y la otra relevante en términos cualitativos, habrían podido justificar por sí solas la admisión a trámite de los recursos de amparo planteados, al ponerse de manifiesto que el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2 g)]. Concorre la repercusión social tanto por el número de personas en régimen de contratación temporal al servicio de las administraciones públicas que podrían haberse visto afectadas por un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, como por la elevada litigiosidad que ha generado y que ha llegado tanto al Tribunal Supremo como al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero también concurriría la trascendencia económica, no solo por el impacto monetario individual que pueda tener para quien recurre en amparo la transformación de su estatuto profesional, sino por la huella colectiva que tiene la transición de un sistema de alta temporalidad en el empleo público a un sistema de reducción de dicha interinidad. Baste como cita ejemplificativa recordar que uno de los títulos competenciales que da cobertura a la aprobación de la Ley 20/2021, y prevé precisamente esa transición, es el art. 149.1.13 CE, que establece la competencia del Estado en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Además, las demandas planteadas ofrecían la ocasión al Tribunal de aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna

[STC 155/2009, FJ 2 b)] y pensando en la proyección de la doctrina contenida en las SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, y 22/2018, de 5 de marzo, ambas referidas a la Directiva 1999/70/CE, pero, en aquellos supuestos, a su cláusula cuarta. Ambos pronunciamientos interesaban el desarrollo de la doctrina «sobre la relevancia constitucional del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea [supuesto a) de los enunciados en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2]» (STC 232/2015, FJ 2), y valoraban la conveniencia de «mantener o matizar nuestra doctrina acerca de la proyección del derecho a la igualdad entre situaciones funcionariales, y en concreto entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos, establecida desde la STC 7/1984, de 7 de enero [supuesto b) de la STC 155/2009, FJ 2, antes citada]» (STC 232/2015, FJ 2). Si en aquellos dos supuestos el Tribunal consideró oportuna la admisión a trámite y existe una diferencia material importante entre los problemas allí resueltos y los que ahora se plantean, referidos a la aplicación de la cláusula quinta en lugar de a la aplicación de la cláusula cuarta del acuerdo marco, las razones de especial trascendencia constitucional identificadas entonces podrían haberlo sido también ahora. Si bien la doctrina general sobre el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea podría ser aplicable sin matices a la serie de amparos cuya admisibilidad examinamos actualmente, no creo que pueda afirmarse lo mismo respecto del alcance del derecho a la igualdad entre situaciones funcionariales o entre situaciones funcionariales y estatutarias, por lo que un pronunciamiento de fondo y no de mera admisibilidad hubiera sido relevante para la interpretación y general alcance del art. 14 CE, en relación con el art. 23 CE y la proyección de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública.

Entiendo que las apreciaciones sobre la verosimilitud de la lesión denunciada, que son los únicos argumentos contenidos en el auto del que discrepo, no debieran ser causa de inadmisión del recurso de amparo en los supuestos en que concurren, claramente, o al menos así sucede a mi juicio, una o más causas de especial trascendencia constitucional.

En cambio, la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal desde la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007 contradice esta comprensión, porque determina que la concurrencia de especial trascendencia constitucional en un recurso de amparo es requisito inexcusable pero no suficiente para admitir a trámite una demanda, exigiéndose adicionalmente una valoración indiciaria de la verosimilitud de la vulneración denunciada. Ello, a mi juicio, no resulta coherente con la finalidad de la reforma del recurso de amparo introducida en el año 2007.

La reforma contenida en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, puso el acento en que la admisión a trámite del amparo suponía un análisis sobre el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en los artículos 41 a 46 y 49 LOTC y sobre el contenido del recurso para justificar un examen de fondo «en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» [art. 50.1 b) LOTC]. De este planteamiento normativo debería haberse deducido que, en un supuesto en que el valor del recurso de amparo se mide en relación con su interés para la interpretación de la Constitución, el mero hecho de que esa importancia concorra exige formular un examen mucho más flexible respecto de la manifiesta inexistencia de violación de los derechos fundamentales invocados, requisito incorporado al examen de admisibilidad posterior a la reforma, por vía meramente interpretativa. En la medida en que la exigencia de valorar la viabilidad del recurso de amparo, o la apariencia de buen derecho de la parte recurrente, se agrega por vía interpretativa a los requisitos de admisibilidad del amparo tras la reforma de 2007, también por esta vía se debiera ajustar el análisis del requisito, cuando sea preciso tener en cuenta factores adicionales, como los que concurren en este caso, y que han sido previamente expuestos.

No hacerlo así, supone que el elemento subjetivo del amparo, que por otro lado no ha desaparecido porque lo reconoce el art. 53.2 CE, se superpone al interés objetivo, cuando es este último el interés prioritario que debiera tener en cuenta el Tribunal al examinar la admisibilidad del recurso de amparo. Solo así es posible entender que en supuestos en que existe una indiciaria lesión de derechos fundamentales denunciada en amparo el Tribunal no admita la demanda que lo plantea, cuando entiende que no concurre la especial trascendencia. La reforma del año 2007 buscó reforzar la dimensión objetiva, facilitando al Tribunal la selección de aquellos asuntos que, a su juicio, tuvieran la trascendencia suficiente como para justificar un atento análisis sobre el fondo del problema constitucional planteado. Por tanto, no parece aceptable que la dimensión subjetiva del amparo se utilice, argumentativamente y en sentido contrario a lo buscado por la reforma, para desplazar la objetiva, y excluir del análisis de fondo asuntos relevantes, como es este, para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia.

2. Sobre la cuestión de fondo planteada.

Si bien los argumentos expuestos hasta aquí justifican de manera suficiente mi posición discrepante con el auto, que no alude en absoluto a la especial trascendencia constitucional, obviando la importancia que este requisito tiene en el trámite de admisibilidad, me parece necesario detenerme también en la cuestión de fondo planteada y contestar a la afirmación de que no resulta verosímil la vulneración de derechos expuesta en la demanda de amparo.

La interpretación sobre cómo deba entenderse la verosimilitud de la lesión procede del ATC 13/1989, de 16 de enero. Este pronunciamiento estableció en su día, y en relación con la redacción ya derogada del artículo 50.1 c) LOTC, que la ausencia manifiesta de contenido de la demanda de amparo concurre cuando «los argumentos en que se apoya la alegación de que se ha producido una lesión de los derechos fundamentales son tan inconsistentes que, *prima facie*, pueden ser rechazados». En el mismo sentido el ATC 27/1991, de 28 de enero, estableció que «tal causa de inadmisión concurre en todos aquellos casos en los que, a la vista de los hechos y de los argumentos de derecho expuestos en la demanda, la supuesta vulneración de los derechos fundamentales no está dotada de la mínima probabilidad o verosimilitud indispensables para abrir sobre ella un más amplio debate trayendo a este proceso todo lo actuado ante la jurisdicción ordinaria». En la serie de casos que ahora nos ocupan, no creo que la argumentación de las demandas sea inconsistente, ni que sea posible descartar *prima facie* los argumentos de la demanda sin someterlos a contradicción.

Para rechazar que las resoluciones impugnadas hayan realizado una interpretación irrazonable o arbitraria de la normativa aplicable y, en consecuencia, que hayan incurrido por tal causa en vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), el auto de inadmisión acepta el argumento de que la interpretación de la cláusula quinta del acuerdo marco realizada por el Tribunal de Justicia, particularmente en la STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, *Sánchez Ruiz*, después ampliada y reforzada por la STJUE de 3 de junio de 2021, asunto *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (IMIDRA)*, no se ajusta a lo pretendido en la demanda de amparo. Dicho de otra forma, el auto del que discrepo asume acríticamente la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea realizada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, descartando la interpretación que formula la recurrente y que, en cierto modo, elabora también la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a partir de la STS 649/2021, de 28 de junio.

Pero la mera existencia de dudas interpretativas, que se ven reforzadas al apreciar un cambio jurisprudencial en la Sala Cuarta tras la STJUE de 19 de marzo de 2020, que no se ha producido en la Sala Tercera, debería haber llevado al Tribunal Constitucional a entender que los argumentos de las demandas de amparo no eran inconsistentes. Hubiera resultado oportuna la admisión a trámite, precisamente para razonar, tras una

adecuada contradicción de los argumentos expuestos por todas las partes interesadas, acerca de si la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de la Directiva 1999/70/CE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en particular de la STJUE de 19 de marzo de 2020) en relación con la cláusula quinta del acuerdo marco, supone una interpretación razonable del derecho aplicable y una adecuada selección del mismo que, además, sea compatible con el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad (arts. 14 y 23.2 CE). Los párrafos que siguen tienen por objetivo explicar, de forma sucinta, las razones que, más allá de lo expuesto, me llevan a pensar que las quejas planteadas en las demandas de amparo no eran, en absoluto, inconsistentes, ni se podían descartar en fase de admisibilidad y en un examen preliminar y no contradictorio.

Como ya se ha apuntado, varias sentencias constitucionales previas, en particular las SSTC 232/2015 y 22/2018, se han adentrado en la interpretación y aplicación de la cláusula cuarta del acuerdo marco, relativa al principio de no discriminación [considerando 14, cláusula 1, apartado a) y cláusula 4], pero ninguna se ha referido a la cláusula quinta, siendo que ambas ponen de manifiesto las dos materias sobre las que han girado las dudas interpretativas referidas a esta disposición normativa europea: la mejora de la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el principio de no discriminación (cláusula cuarta) y la definición de un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (cláusula quinta).

El llamamiento al Tribunal Constitucional para valorar la correcta aplicación del Derecho de la Unión se entiende mejor si se parte de la constatación de la inactividad del legislador nacional y de que la Directiva 1999/70/CE no ha sido transpuesta correctamente por el Estado español en lo que hace al sector público, bien que se haya llevado la transposición de la Directiva al ámbito de las relaciones laborales privadas.

Ello ha provocado el planteamiento de numerosas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la compatibilidad de la normativa nacional con el acuerdo marco, y que los pronunciamientos de aquel hayan fijado el principio básico de la equiparación entre empleados públicos fijos y temporales (como consecuencia del efecto directo de la cláusula 4.1 de la Directiva), que se aplica de forma incontrovertida en materia salarial, de desarrollo de la carrera profesional o de condiciones efectivas de trabajo, pero que no es igualmente unánime y clara en lo que se refiere, por ejemplo, a la indemnización por cese (SSTJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto *De Diego Porras I*, y de 21 de noviembre de 2018, asunto *De Diego Porras II*), al cómputo de períodos de interinidad para la promoción interna (SSTJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto *Rosado Santana*, y de 20 de septiembre de 2018, asunto *Motter*) o a los remedios contra los abusos del encadenamiento de contratos de duración determinada (ATJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto *León Medialdea*; SSTJUE de 19 de marzo de 2020, asunto *Sánchez Ruiz*, y de 3 de junio de 2021, asunto *IMIDRA*).

Si bien la jurisprudencia comunitaria rechaza reconocer efecto directo al acuerdo marco (SSTJUE de 15 de abril de 2008, asunto *Impact*, § 79, y de 23 de abril de 2009, asunto *Angelidaki y otros*, § 196), esta misma jurisprudencia establece que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas de control de la contratación temporal equivalentes a las que prevé el acuerdo marco cuando el legislador no las haya incorporado directamente. La cláusula quinta, que es la que se aplica al caso que nos ocupa, tiene por objetivo evitar la utilización abusiva de los contratos o relaciones laborales de duración determinada determinando una serie de medidas, no cumulativas, destinadas a ello: a) la previsión de razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) el establecimiento de una duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; y c) la fijación del número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales. Por tanto, estas medidas, u otras medidas legales equivalentes, son de obligada previsión

para los Estados miembros, que disponen de un amplio margen de apreciación para fijar una o varias de las enunciadas o para establecer otras, siempre que las previstas apunten a la consecución del objetivo general de prevenir los abusos, y siempre que los medios previstos para alcanzar ese objetivo no pongan en peligro el efecto útil del acuerdo marco (por todas, STJUE de 3 de junio de 2021, asunto *IMIDRA*, § 44 y 45).

El problema surge porque la Directiva no establece un sistema de sanciones o de aplicación directa de sus previsiones para los supuestos en que los Estados no cumplan con la obligación que se les exige. Es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que establece la necesidad de sancionar efectivamente el abuso, eliminando las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Y es en este punto donde aparece la controversia jurídica que nos ocupa, porque es necesario evaluar si las medidas nacionales previstas pueden ser consideradas como una sanción efectiva para la consecución del objetivo de reducir la temporalidad en el empleo público.

En relación con el tema principal del presente recurso de amparo resulta obligada la referencia a las SSTJUE de 19 de marzo de 2020, asunto *Sánchez Ruiz*, y de 3 de junio de 2021, asunto *IMIDRA*) en las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostiene lo siguiente: a) el Derecho de la Unión no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos, correspondiendo a las autoridades nacionales adoptar medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia del acuerdo marco; b) en esa línea, aunque podría ser una sanción efectiva, el acuerdo marco no impone a los Estados una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de duración determinada; c) corresponde a los tribunales nacionales determinar si las medidas dispuestas en la normativa nacional aplicable cumplen las exigencias establecidas en la cláusula quinta del acuerdo marco; d) no obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera posible aportar precisiones destinadas a orientar a los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, el margen de juicio atribuido a los órganos integrantes de las jurisdicciones nacionales viene marcado por dos condiciones: a) la exigencia de examinar, en cada caso, todas las circunstancias del asunto, «tomando en consideración, en particular, el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que contratos o relaciones laborales de duración determinada, aunque se concluyan en apariencia para atender a una necesidad de sustitución de personal, sean utilizados de manera abusiva por los empleadores» (STJUE de 3 de junio de 2021, asunto *IMIDRA*, § 60); y b) la obligación de atender a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando haya entrado a valorar y, en su caso, descartar medidas concretas de previsión estatal.

Y, por lo que hace a las previsiones concretas de la legislación española:

a) La sentencia en el asunto *Sánchez Ruiz* establece que el hecho de que las renovaciones sucesivas de relaciones de servicio de duración determinada se consideren justificadas por «razones objetivas» por el mero motivo de que tal renovación responde a las causas de nombramiento previstas en la normativa nacional (razones de necesidad, urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario), no significa que queden justificadas, en particular si mediante esas renovaciones se responde a necesidades permanentes y estables en materia de personal.

b) La sentencia en el asunto *IMIDRA* sostiene que la previsión de que se organicen procesos selectivos que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente, puede ser una medida adecuada si se garantiza que los procesos se organizan efectivamente en plazo determinado o determinable previsto al efecto (§ 67) y sin que la conclusión de tales procesos esté en función de las posibilidades financieras del Estado o de la apreciación discrecional de la correspondiente administración pública.

c) En el asunto *Sánchez Ruiz* el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que cuando resulta incierta la oportunidad de acceso a la estabilidad en el empleo de quienes han sido sujeto de contratación abusiva, porque el proceso de selección

convocado se abre a otros candidatos, y su organización permanece ajena a cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la relación, dicha medida no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

d) Y la STJUE de 3 de junio de 2021 establece que «para que pueda considerarse conforme con el acuerdo marco una normativa nacional que en el sector público prohíbe transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada» (§ 71) y que «si el órgano jurisdiccional remitente constatará que no existe, en la normativa nacional de que se trata en el litigio principal, ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos eventualmente constatados respecto de los empleados del sector público, esa situación vulneraría el objetivo y el efecto útil de la cláusula 5 del acuerdo marco y sería, por tanto, contraria a dicha cláusula» (§ 72). Por lo que hace a la indemnización equivalente a un despido improcedente como medida adecuada, restrictiva de la contratación temporal, el párrafo 74 de este pronunciamiento lo descarta, por ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada.

De lo sucintamente expuesto se deriva que existen medidas aceptadas en el marco de la legislación europea y otras que no lo son, y que su evaluación específica compete a los órganos de la jurisdicción nacional. También se colige que, en su función de aplicadores del Derecho de la Unión, los tribunales, aceptando el amplio margen reconocido al Estado en desarrollo del acuerdo marco, deben respetar el canon y pautas marcadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su jurisprudencia, siendo elementos esenciales de dicho canon la exigencia de evaluación específica de cada caso concreto y el examen de si existen medidas alternativas efectivas para evitar y sancionar el recurso abusivo a la contratación de duración determinada en los casos en que no sea posible, por no encajar en el marco normativo nacional, la transformación automática del contrato en una contratación indefinida. Restaría, en lo que concierne al presente proceso constitucional, evaluar, también caso por caso, si las resoluciones impugnadas han respetado el canon expuesto, y ello a la luz de la constatación de que, tras las STJUE en el asunto *IMIDRA*, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo recondujo su lectura de la cláusula quinta del acuerdo marco (recurso de casación en unificación de doctrina núm. 3263-2019, STS 649/2021 de la Sala Cuarta, de 28 de junio), mientras que la Sala de lo Contencioso-Administrativo no lo ha hecho, consolidando su anterior criterio fijado en las SSTs 1425/2018 y 1426/2018, de la Sección Cuarta de la Sala Tercera, de 26 de septiembre de 2018 (recursos de casación núm. 785-2017 y 1305-2017).

En suma, teniendo presente todo lo expuesto, el juicio externo que se reserva a la jurisdicción constitucional sobre la actuación de la jurisdicción ordinaria hubiera permitido al Tribunal Constitucional, en caso de admitirse el recurso de amparo, valorar si las resoluciones impugnadas por esta vía se ajustan a las exigencias de razonabilidad de la motivación en tanto que respetan el canon de aplicación del Derecho de la Unión marcado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expresada, a grandes rasgos, en los párrafos precedentes.

Por eso no es razonable una inadmisión general de los recursos de amparo en los que se plantea la aplicabilidad de la cláusula quinta del acuerdo marco, porque es necesario, en cada caso concreto, entrar al análisis pormenorizado y específico de la argumentación desarrollada por el órgano jurisdiccional de la instancia, para verificar si dicha argumentación analiza las circunstancias concretas del caso planteado, evalúa si ha existido utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, y valora si las medidas previstas, para cada supuesto específico, responden o no a las previsiones de la cláusula quinta, a la luz de la interpretación que de ella hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que no impone la transformación de la contratación en una contratación indefinida, pero que excluye tanto

las medidas preventivas (futura convocatoria de concurso) si no se puede asegurar en tiempo determinable su materialización, como la mera indemnización equivalente a un despido improcedente.

Si se hubieran aceptado los presupuestos de razonamiento anteriores, no era posible afirmar la inverosimilitud de la lesión denunciada con carácter general para todos los amparos planteados, porque hubiera sido preciso realizar un análisis individualizado. Pero es que tampoco puede afirmarse la insostenibilidad de la pretensión para el recurso de amparo núm. 1055-2022, porque la resolución impugnada en este caso asocia a la situación de abuso laboral padecida por la recurrente medidas sancionadoras que, atendiendo a la jurisprudencia europea, no son suficientemente efectivas. En la resolución impugnada, el órgano judicial se ha ajustado a la doctrina del Tribunal de Justicia en relación con la falta de efecto directo de la cláusula 5.1 del acuerdo marco y respecto al margen de apreciación de los Estados miembros, pero, sin embargo, no se ajusta a la jurisprudencia europea en lo que hace al análisis particular y específico de las circunstancias y medidas concretas presentes en el supuesto controvertido. El propio auto de inadmisión reconoce que «la sentencia del Tribunal Supremo asocia a la situación de abuso laboral padecida por la recurrente medidas sancionadoras que, atendiendo a la jurisprudencia europea, pudieran no ser suficientemente efectivas», y ello en referencia a la convocatoria de procesos selectivos abiertos, esto es, a la existencia de meras medidas preventivas que no atienden a la situación concreta de las víctimas de abuso. Por tanto, la interpretación realizada por la jurisdicción ordinaria, que conforma el objeto principal del recurso de amparo, consagra una situación jurídica que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado disconforme con el Derecho de la Unión.

En una eventual sentencia de fondo, el Tribunal Constitucional hubiera podido valorar si existía margen para adoptar otra decisión, o si al desestimar la pretensión de la recurrente «aplicando» la norma española, que no puede quedar desplazada por una disposición que carece de efecto directo, ha hecho una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 CE). También hubiera sido posible un pronunciamiento acerca de si esa opción interpretativa responde o no al canon de razonabilidad que impone la garantía del efecto útil de la Directiva. Pero lo que parece claro es que un análisis de tal alcance hubiera exigido un pronunciamiento de fondo, no siendo posible afirmar la ausencia de verosimilitud de la lesión denunciada en un auto destinado a formular el examen de admisibilidad. La circunstancia de que las resoluciones judiciales impugnadas vengán a confirmar la existencia de una aporía jurídica que los lleva a dejar imprejuzgada la petición de los recurrentes por falta de normativa aplicable respetuosa con el Derecho de la Unión plantea una situación atípica desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, que hubiera sido merecedora del pronunciamiento de fondo del Tribunal.

Buena parte de los argumentos que preceden permiten negar también la falta de verosimilitud de la denuncia de vulneración del art. 24.1 CE ante la negativa a plantear cuestión prejudicial. Si el hecho de que existen cuestiones planteadas, y pendientes de resolución, no es efectivamente determinante para considerar lesionado el derecho, sí lo es para sostener que existen dudas interpretativas porque a) la actual normativa española no dispensa un tratamiento a la abusividad de las relaciones funcionariales o estatutarias temporales conforme al Derecho de la Unión Europea; b) la normativa de la Unión en la materia no puede ser directamente aplicable por no darse las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para ello; y c) existe un vacío legal en la normativa interna que permita llegar a un tratamiento respetuoso con el derecho de la Unión.

3. Conclusión.

La interpretación de la cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE ha generado una litigiosidad exacerbada, tanto en sede del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como en sede jurisdiccional ordinaria, y en último término, ante el Tribunal Constitucional. Pero

la inadmisión a trámite de los asuntos, en bloque, no ha sido la solución más oportuna, ni la más respetuosa con el derecho de acceso a la jurisdicción constitucional de los y las recurrentes en amparo. Una parte de la doctrina académica plantea dudas respecto de la interpretación de la normativa nacional conforme al Derecho de la Unión formulada por jueces y tribunales nacionales, de lo que se deriva que el asunto es complejo y en absoluto está resuelto de una manera tan definitiva y tan clara que pueda descartarse, *prima facie*, que tal interpretación no resulta limitadora del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la selección del derecho aplicable, o a obtener una resolución razonable fundada en derecho (art. 24.1 CE).

Por tanto, si este y los demás recursos de amparo que plantean idéntico problema jurídico suscitan cuestiones fundamentales para la interpretación de la Constitución, su aplicación y su general eficacia y no es posible descartar indubitadamente, en una aproximación liminar, la concurrencia de la lesión denunciada hubiera sido necesario admitirlos a trámite. Que las cuestiones suscitadas hubieran exigido, por su novedad, del desarrollo de una doctrina que pide adoptarse en forma de sentencia, tras la oportuna confrontación de argumentos de cada una de las partes, también resulta claro. Y esta exigencia, como ya he referido en otros votos particulares, no es meramente formal, sino que está en la base misma de la construcción de la legitimidad de la decisión adoptada: la deliberación previa, entre todas las posiciones y con la mayor cantidad de argumentos disponibles en el marco del procedimiento de adopción de la decisión final, atribuye un mayor grado de legitimidad a esa decisión, porque la acerca más a la decisión más justa.

En este sentido, emito mi voto particular.

Madrid, a once de septiembre de dos mil veintitrés.—María Luisa Balaguer Callejón.—
Firmado y rubricado.